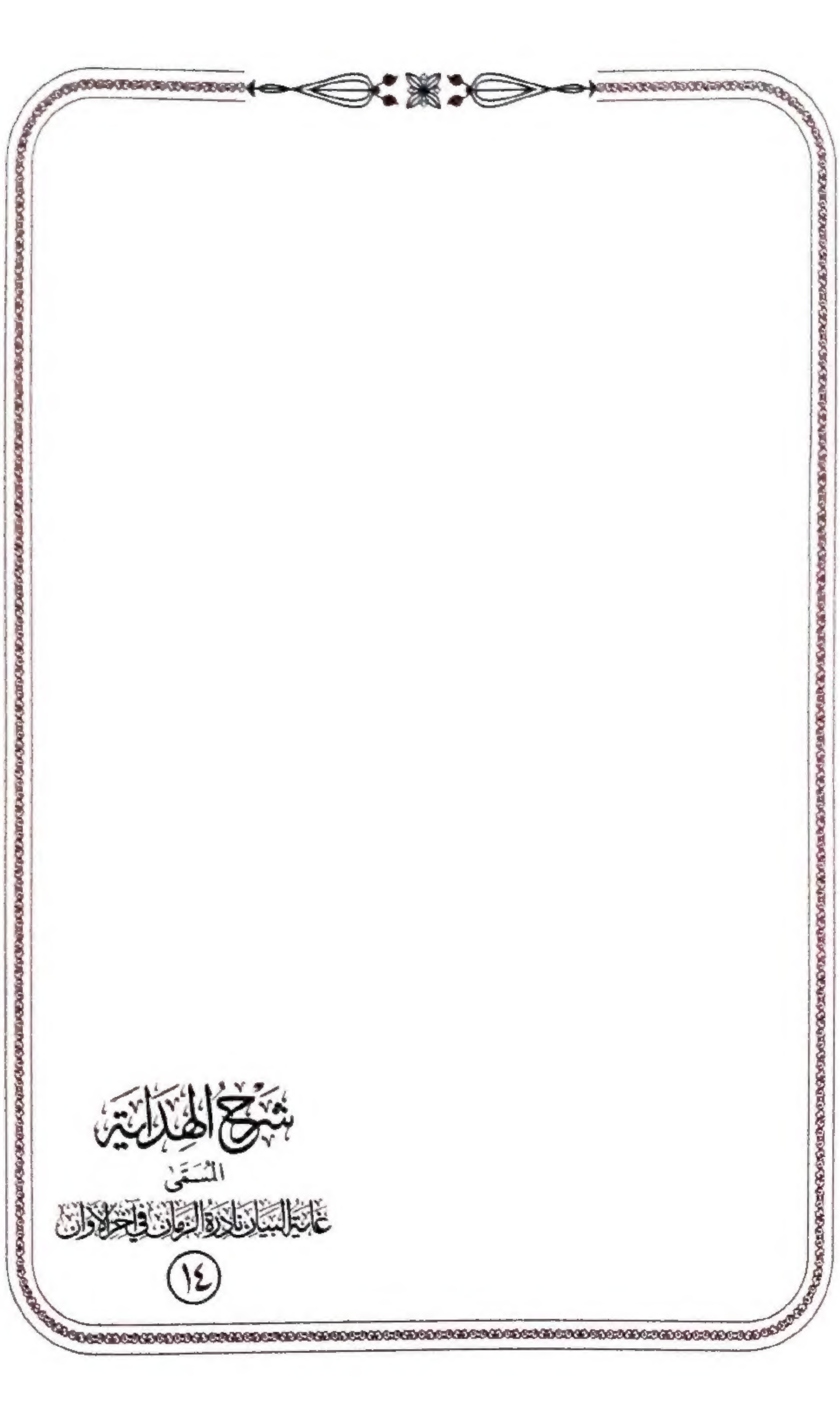

شرح الهداية
المسمى
غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان
١٤



للنشر والتوزيع

الكويت - حولي - شارع الحسن البصري
ص . ب ١٣٤٦ حولي
الرمز البريدي ٣٢٠١٤
تلفاكس ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠
نقال ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١

Dar_aldheyaa2@yahoo.com
Abdou20201@hotmail.com
www.daraldeyaa.net

دار الضياء
للنشر والتوزيع



لإحياء التراث والخدمات الرقمية

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية

جمهورية مصر العربية - القاهرة
التجمع الخامس- الحي الثالث- فيلا 152
الهاتف: 00201127999511
international library of manuscripts(ILM)
1155726

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م

بلد الطباعة: بيروت - لبنان
الطباعة الفنية: شركة فؤاد البعينو للتجليد ش.م.م
بيروت - لبنان

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123
رقم الإيداع الدولي: 3-5- 85365- 977-978
info@ilmarabia.com

الموزعون المعتمدون

دولة الكويت

دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

جمهورية مصر العربيَّة

دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة
محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩٤٨
محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢

المملكة العربية السعودية

مكتبة الرشد - الرياض هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠
دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ فاكس: ٤٩٣٧١٣٠
دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة هاتف: ٦٣١١٧١٠
مكتبة المتنبي - الدمام هاتف: ٨٢٤٤٩٤٦ فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

برمنكهام - بريطانيا

مكتبة سفينة النجاة هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

المملكة المغربية

دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧

الجمهورية التركية

مكتبة الإرشاد - إسطنبول هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

جمهورية داغستان

مكتبة ضياء الإسلام هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦
مكتبة الشام - خاسافيورت هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤

الجمهورية العربية السوريَّة

دار الفجر - دمشق - حلبوني هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ فاكس: ٢٤٥٣١٩٢

الجمهورية السودانية

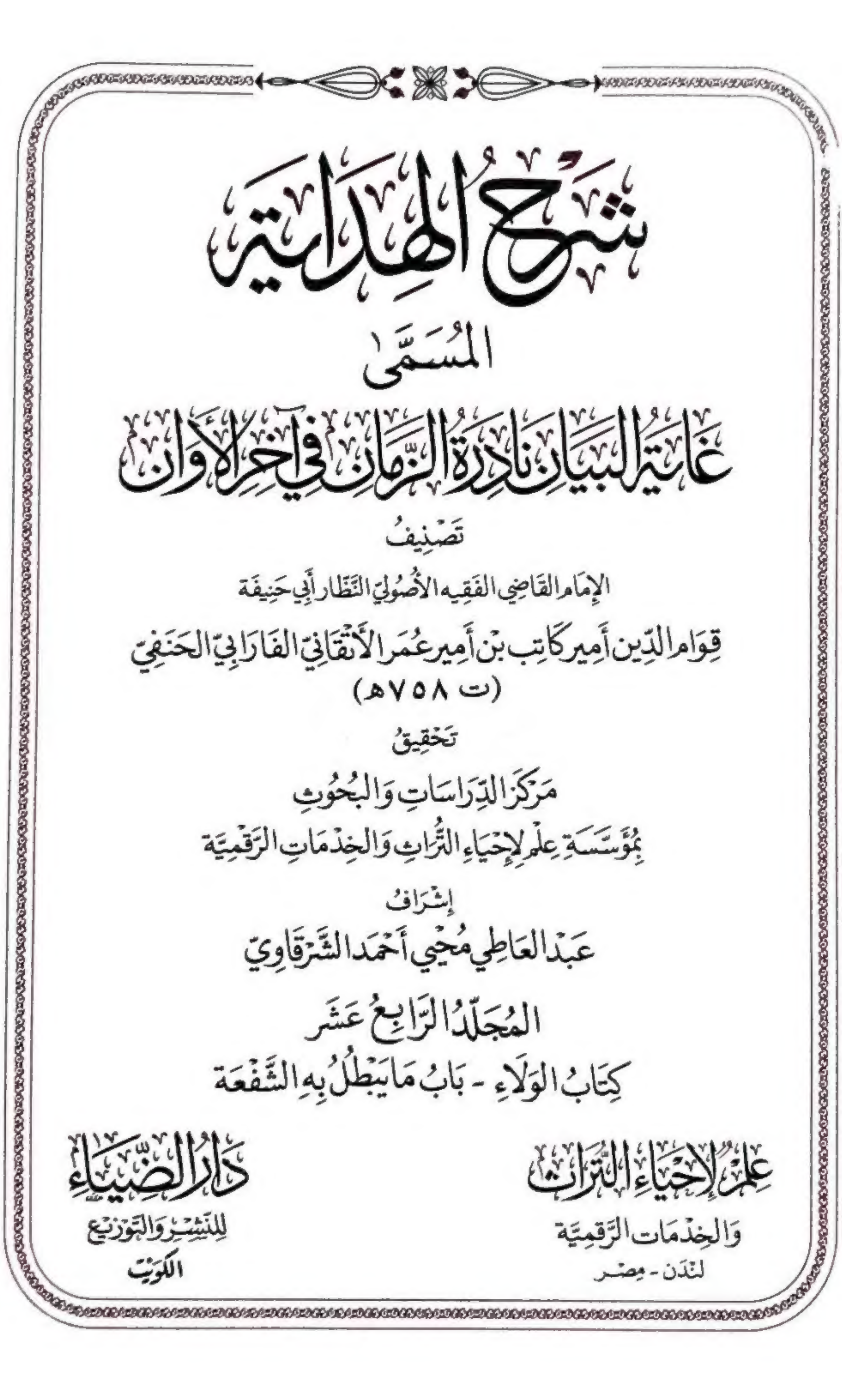
مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار هاتف: ٠٠٢٤٩٩٠٠٤٣٥٧٩

المملكة الأردنية الهاشمية

دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان هاتف: ٠٦٤٦٥٣٣٩٠ - ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢

دولة ليبيا

مكتبة الوحدة - طرابلس هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨
شارع عمرو ابن العاص



شرح الهداية

المسمّى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨ هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

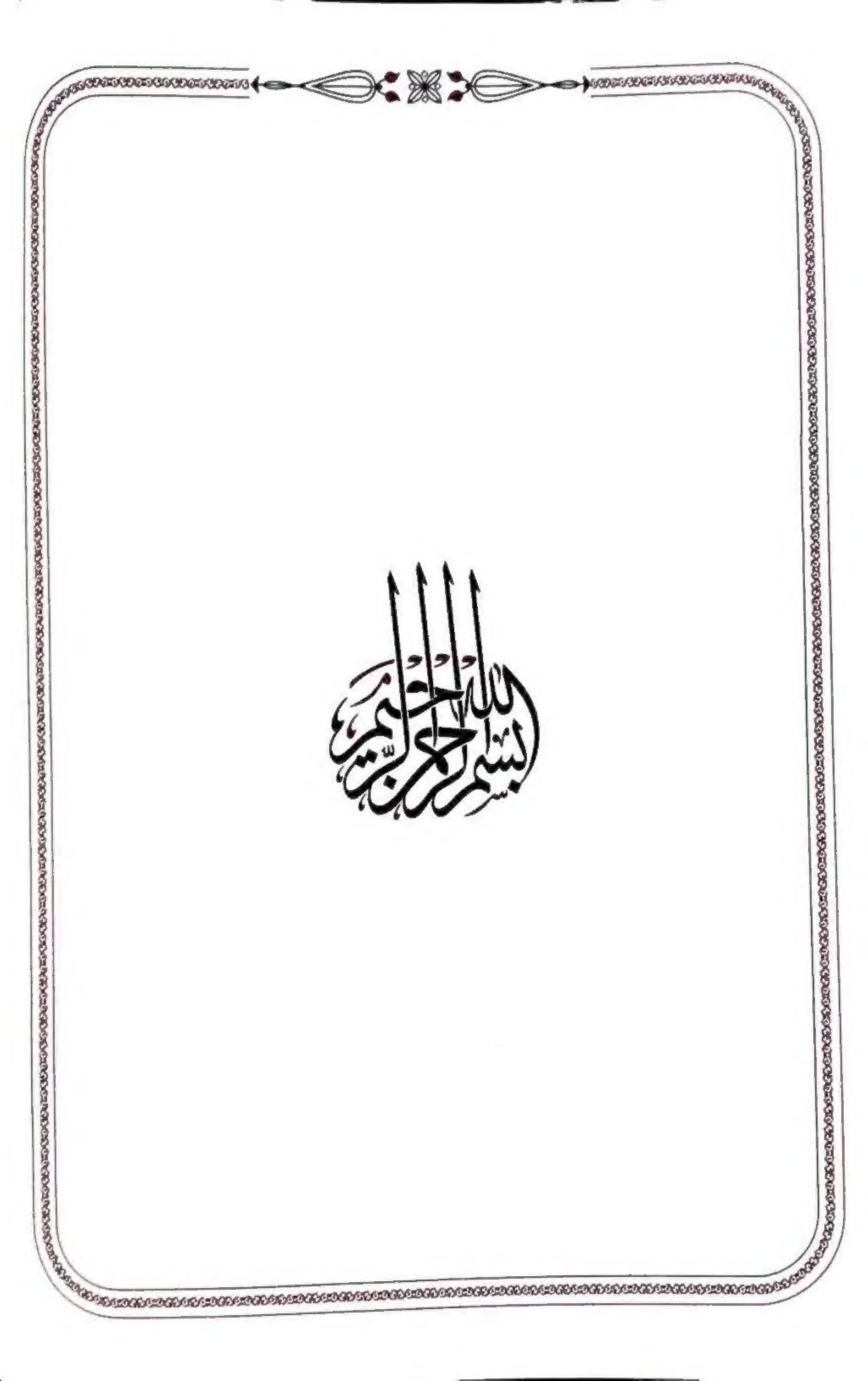
عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد الرابع عشر

كتاب الولاء - باب ما يبطل به الشفعة

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
لندن - مصر


بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الوَلَاءِ

قَالَ: الوَلَاءُ نَوْعَانِ: وَلَاءُ عِتَاقَةٍ وَيُسَمَّى وَلَاءُ نِعْمَةٍ ....

كِتَابُ الوَلَاءِ

[٢/٥٦٢و]

إيرادُ كتابِ الوَلَاءِ عَقِيبَ كتابِ المُكَاتَبِ ظاهرُ التناسُبِ؛ لِمَا أنَّ الوَلَاءَ مِنْ آثارِ التكاتُبِ أيضًا.

والوَلَاءُ مأخوذٌ مِنَ الوَلْيِ، وهوَ القُرْبُ، وفي الشَّرِيعَةِ يُرَادُ به: القَرَابَةُ الحاصلةُ بسببِ العتقِ أوْ بسببِ المولاةِ.

فالحاصلُ: أن الوَلَاءَ على نوعينِ - كما قالَ صاحبُ **«الهدايةِ»** ﷺ -: ولاءِ العَتَاقَةِ، وولاءِ الموالاةِ.

ويُسَمَّى ولاءُ العَتَاقَةِ: ولاء النعمةِ أيضًا؛ لقولِه تعالى: ﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ﴾، أي: بالإسلامِ ﴿وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، أي: بالإعتاقِ، وهوَ زيدٌ ﷺ، وكان عبدًا لخديجةَ ﷺ، فوهبَتْه لرسولِ اللهِ ﷺ فأعتقَه. كذا في **«التيسيرِ»**، في تفسيرِ سورةِ الأحزابِ.

وفي ولاءِ الموالاةِ خلافُ الشَّافِعِيِّ ﷺ [٦/٤٠٢و/م]، وسَيَجِيءُ بيانُه - إن شاءَ اللهُ تعالى - في فصْلِ ولاءِ الموالاةِ.

ثُمَّ الأعلى يَرِثُ مِنَ الأسفلِ عندَنا، ولا يرِثُ الأسفلُ مِنَ الأعلى، وذكَرَ الإمامُ سِرَاجُ الدِّينِ ﷺ في **«شرحِ الفرائضِ السِّرَاجِيِّ»** في بابِ العَصَباتِ: أنَّ المعتَقَ لَا يرثُ من المعتِقِ عندَ العامَّةِ.

وقالَ إسحاقُ بنُ رَاهَوَيْه والحسنُ بنُ زيادٍ وبِشْرُ ابنُ المَرِيسِيّ ﷺ: يَرِثُ لِمَا رُوِيَ: أنَّ رَجُلًا ماتَ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ، فلَمْ يَكُنْ لهُ وارثٌ إلَّا عبدًا كانَ

وَسَبَبُهُ الْعِتْقُ عَلَىٰ مُلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّىٰ لَوْ عَتَقَ قَرِيبُهُ عَلَيْهِ بِالوِرَاثَةِ كَانَ الوَلَاءُ لَهُ. وَوَلَاءُ مُوَالَاة، وَسَبَبُهُ العَقْدُ ....

غاية البيان

أعتقَه، فدفَع النبيُّ ﷺ ميراثَه إليه[1]، ولأنَّ الوَلَاءَ سببٌ يُوجِبُ المِيرَاثَ مِنْ أحدِ الطرفيْنِ، فيُوجِبُ مِنَ الطرفِ الآخرِ كما في النِّكَاحِ، والصحيحُ قولُ العامَّةِ؛ لأنَّ ذلكَ الحديثَ غيرُ صحيحٍ، ولَئِنْ صحَّ فهوَ منسوخٌ بقولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2]، وكذلكَ معارَضٌ بقولِ عليٍّ وزيد بن ثابت ﵄، حيثُ قالا: «لَا مِيرَاثَ لِلْمُعْتَقِ».

قالَ في «التيسيرِ»[3]: «ومِنْ شَرْطِ صحَّةِ هذا العقدِ ـ أي: عَقْد الموالاةِ ـ أَلَّا يَكُونَ للأسفلِ نسَبٌ، ولا يَكُونَ لهُ مُعْتِقٌ، ولا يَكُونَ عربيًّا؛ لأنَّ العربَ لَا يُسْتَرقون، فلَا يَكُونُ عليهم ولاءُ عَتَاقةٍ، وكذا ولاءُ الموالاةِ».

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولا يَرِثُ الأسفلُ مِنَ الأعلىٰ إلَّا إذا شرطَ مِيرَاثَ الأعلىٰ لنفسِه»[4]، يَعْنِي: في ولاءِ الموالاةِ.

قولُه: (وَسَبَبُهُ الْعِتْقُ عَلَىٰ مُلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ)، أي: سببُ ولاءِ العَتَاقةِ.

وإنَّما قَيَّدَ بالصحيحِ احترازًا عن قولِ بعضِ المشايخِ ﵏[5].

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الفرائض/ باب في ميراث ذوي الأرحام [رقم/٢٩٠٥]، والترمذي في كتاب الفرائض عن رسول الله ﷺ/ باب في ميراث المولىٰ الأسفل [رقم/٢١٠٦]، وابن ماجه في كتاب الفرائض/ باب من لا وارث له [رقم/٢٧٤١]، من د ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ رَجُلًا مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا إِلَّا غُلَامًا لَهُ كَانَ أَعْتَقَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «هَلْ لَهُ أَحَدٌ؟» قَالُوا: لَا، إِلَّا غُلَامًا لَهُ كَانَ أَعْتَقَهُ، فَجَعَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مِيرَاثَهُ لَهُ». لفظ أبي داود.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن». وقال ابن الجوزي: «هذا حديث لا يصح». ينظر: «العلل المتناهية» لابن الجوزي [٢/٤٢٥].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) هو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسفِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٤٥٨].

(٥) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/٢١٨]، «الجوهرة النيرة» [٢/١١٦]، «رد المحتار» [٦/١٢٠].

وَلِهَذَا يُقَالُ: وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ، وَوَلَاءُ الْمُوَالَاةِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَىٰ سَبَبِهِ، [١٣٥/و] وَالْمَعْنَىٰ فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَتْ الْعَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ، وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ».

غاية البيان

قالَ شمسُ الأئمةِ السَّرْخَسِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «وأكثرُ أصحابِنا يقولونَ: سببُ هذا الوَلَاءِ: الْإِعْتَاقُ، ولكنَّه ضعيفٌ، فإنَّ مَنْ ورثَ قريبَه فعتَقَ عليه؛ كانَ مولًى له، ولا إعتاقَ هاهنا.

والأصحُّ أنَّ سببَه العتقُ على مِلْكِه؛ لأنَّ الحُكْمَ يُضافُ إلىٰ سببِه، يُقَالُ: ولاءُ العَتَاقَةِ، ولَا يُقَالُ: ولاءُ الإِعْتَاقِ»[1].

قولُه: (وَلِهَذَا يُقَالُ: وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ، وَوَلَاءُ الْمُوَالَاةِ)، أي: ولأجْلِ أنَّ سببَ ولاءِ العَتَاقَةِ العتقُ، وسببُ ولاءِ الموالاةِ هوَ عَقْدُ الموالاةِ، يُقَالُ: إضافةُ الوَلَاءِ إلىٰ العَتَاقَةِ والموالاةِ، والإضافةُ دليلُ السببيَّةِ؛ لأنَّ الإضافةَ للاختصاصِ، وأقوىٰ وجوهِ الاختصاصِ إضافةُ الحُكْمِ إلىٰ سببِه؛ لأنَّه حادِثٌ بالسببِ.

والمعنىٰ المطلوبُ بكلِّ واحدٍ مِنَ الوَلَاءينِ التناصُرُ؛ لأنَّ المُعْتَقَ ومولىٰ الموالاةِ يتناصُرُ بقبيلةِ مولاه، ولهذا شُرِطَ في ولاءِ الموالاةِ: ألَّا يَكُونَ للأسفلِ نسَبٌ؛ لأنَّه إذا كانَ لهُ نسَبٌ يَتناصُرُ بقبيلةِ نفسِه، ولا حاجةَ [٤٠٢/٦ظ/م] إلىٰ التناصُرِ بقبيلةِ غيرِه.

قولُه: (فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ، وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ»[2])، وقدْ مَرَّ بيانُ قولِه ﷺ:

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٨١/٨].

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [٣٤٠/٤]، وابن أبي خيثمة في «تاريخه» [٢٩٨/١]، و[٧٠٦/٢]، من طريق إِسْمَاعِيلَ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ رِفَاعَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه به.
قال ابنُ أبي العز: «وأما قوله: «وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ» فلا يُعْرَف في كُتب الحديث هذه الزيادة».
ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٦٤١/٥].

وَالْمُرَادُ بِالْحَلِيفِ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ الْمُوَالَاةَ بِالْحِلْفِ.

قَالَ: وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ

«إِنْ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»[1] في حديثِ أبي رافعٍ في «كتابِ الزَّكَاةِ»، ولكن لم يُذْكَرْ قولُه: («وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ») في لفظِ الحديثِ في «السننِ» و«شرحِ الآثارِ».

[٢/٥٦٢ظ] وقالَ في «الفائقِ» في الحاءِ مع اللامِ في حديثِ النبيِّ ﷺ: «مَنْ كانَ حَلِيفًا أَوْ عَرِيرًا فِي قَوْمٍ قَدْ عَقَلُوا عَنْهُ وَنَصَرُوهُ، فَمِيرَاثُهُ لَهُمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ يُعْلَمُ»[2].

قالَ صاحبُ «الفائق»: «الحليفُ: المُحالِفُ، وهوَ المعاهدُ، والعَرِيرُ: النَّزِيلُ فيهم ليسَ مِن أنفُسِهم، مِن عَرَّه واعْتَرَّه؛ إذا غَشِيَه»[3].

«عَقَلُوا عَنْهُ»، أي: وجبَتْ عليه ديةٌ فأدُّوها عنه.

قولُه: ([قَالَ][4]: وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[5].

والأصلُ فيه: قولُه ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[6]، رواه البُخَارِيُّ ﵀ في «الصحيحِ» بإسنادِه إلى عَائِشَةَ ﵄ في كتابِ المُكَاتَبِ، وفي كتابِ الزَّكَاةِ عنِ

(١) مضى تخريجه.

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٩٢٠٠]، ومن طريقه الخطابي في «غريب الحديث» [٢/٥١]. عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ قال: «قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنَّهُ مَنْ كَانَ حَلِيفًا أَوْ عَرِيرًا فِي قَوْمٍ قَدْ عَقَلُوا عَنْهُ وَنَصَرُوهُ، فَمِيرَاثُهُ لَهُمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ يُعْلَمُ».

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [١/٣٠٩].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

(٦) مضى تخريجه.

أَعْتَقَ»، وَلِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ فَيَعْقِلهُ وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنًى بِإِزَالَةِ الرِّقِّ عَنْهُ فَيَرِثُهُ وَيَصِيرُ

النَّبِيِّ ﷺ، ولأنَّ التناصُرَ يحصُلُ بالإعتاقِ، ولهذا يعْقِلُ عنِ المُعْتِقِ مولاه؛ لأنَّ عاقلةَ الرَّجُلِ أهْلُ نُصْرتِه؛ ولهذا لوْ كانَ قومٌ يتناصَرُونَ بالحِرْفَةِ؛ كانَ عاقِلَتُهم أهلَ الحِرفةِ، ومَنْ لَا قَرابَةَ لهُ يَنْتَصِرُ بمولاه، وبعَصَبةِ مولاه، فيَكُونُ مَوالِيه مولاه، وعَصَبتُه الأقربُ فالأقربُ، ولأنَّ الْإِعْتَاقَ إحياءٌ معنَوِيٌّ؛ لأنَّه إزالةَ الرِّقِّ الذي هوَ جزاءُ الكفرِ الأصليِّ، والكفرُ موتٌ مَعْنًى، فكانَ في الْإِعْتَاقِ إزالةُ أثرِ الكفرِ الذي هوَ الموتُ المعنَوِيُّ، فيَكُونُ الْإِعْتَاقُ إحياءً معْنويًّا.

والنَّسَبُ إحياءٌ حقيقيٌّ؛ لأنَّ مَن لَا نسَبَ لهُ ـ كولدِ الزنا ـ لَا يَبْقَى حيًّا غالبًا؛ لعدمِ مَن يُرَبِّيه؛ إذْ لَا أبَ لهُ يَنْتَسِبُ إليه، وليسَ بالأُمِّ قوةُ التربيةِ لضَعْفِ بِنْيَتِها، فكانَ النَّسَبُ إحياءً حقيقيًّا.

ثم بِالنَّسَبِ ـ الذي هوَ الإحياءُ الحقيقيُّ، كالوِلَادِ مثلًا ـ يَثْبُتُ استحقاقُ أَصْلِ الإرثِ، فجازَ أنْ يَثْبُتَ بالإحياءِ المعنَوِيِّ الذي هوَ الْإِعْتَاقُ؛ لقولِه ﷺ: «الْوَلَاء لحُمْةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ»[1]، إلَّا أنَّ الإرثَ إنَّما يَثْبُتُ للأعلى لَا الأسفلِ؛ لقولِه ﷺ: «إِنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2].

وهذا معنى قولِه: (وَيَصِيرُ الْوَلَاءُ كَالْوِلَادِ، ولأنَّ الْغُنْمَ بإزاء الْغُرْمِ).

---

(١) أخرجه: الشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [رقم/١٥٦١]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/٤٩٥٠]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٣٧٩/٤]، من حديث ابْنِ عُمَرَ ﷺ به. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد». وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» [٤٥٦/٢، ٤٥٧]: «رواه ابن حبان، وابن خزيمة، والحاكم والبيهقي من رواية ابن عمر، قال الحاكم: صحيح الإسناد وخالف البيهقي فأعله وقال: أوجهه كلها ضعيفة. قلت: إلا حديث عبد الله بن أبي أوفى فإن إسناده كل رجاله ثقات لم يعثر عليه البيهقي ولا أحد من مصنفي الأحكام أخرجه ابن جرير الطبري في التهذيب وغيره».

(٢) مضى تخريجه.

الْوَلَاءُ كَالْوِلَادِ، وَلِأَنَّ الْغُنْمَ بِالْغُرْمِ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ تَعْتِقُ؛ لِمَا رَوَيْنَا.

وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَةِ حَمْزَةَ ﷺ عَنْهَا وَعَنْ بِنْتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَالَ

بيانه: أنَّ المولى يعْقِلُ عن مُعْتقِه، والعَقْلُ غُرْمٌ، فيَرِثُه أيضًا بإزاءِ الغُرْمِ، والإرثُ غُرْمٌ.

قولُه: (وَكَذَا الْمَرْأَةُ تَعْتِقُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ[1]، أي: ولاءُ مُعْتقِ المرأةِ لها، لقولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2]، وإلى هذا الحديثِ أشارَ بقولِه: [٦/٤٠٣و/م] (لِمَا رَوَيْنَا).

قولُه: (وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَةِ حَمْزَةَ ﷺ)... إلى آخرِه، ذكرَه استدلالًا على ثبوتِ الوَلَاءِ للمرأةِ المُعْتَقَةِ.

قالَ الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِ «المجرَّدِ»: «أَخْبَرَنَا أبو حَنِيفَةَ، عن الحُكْمِ بن عُتَيْبَةَ، عن عَبْدِ الله بن شَدَّاد بْن الهَادِ: «أَنَّ بِنْتَ حَمْزَةَ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ أَعْتَقَتْ غُلَامًا لَهَا، ثُمَّ ماتَ المُعْتِقُ، وتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَأَعْطَى رَسُولُ الله ﷺ ابْنَتَهُ النِّصْفَ، وأعطى ابْنَةَ حَمْزَةَ النِّصْفَ»[3].

وقالَ محمدٌ ﷺ في «الأصلِ»: «ورَدَ الخبرُ عن عُمَرَ، وعَلِيٍّ، وابنِ مَسْعُودٍ، وأُبَيِّ بنِ كعبٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ، وأبي مَسْعُودٍ الأَنْصَارِيِّ، وَأُسَامَةَ بنِ زيدٍ ﷺ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه: النسائي في «السنن الكبرى» في كتاب الفرائض/ توريث الموالي مع ذوي الرحم [رقم/٦٣٩٩]، وسعيد بن منصور في «سننه» [١/٧٢]، وابن أبي شيبة [رقم/٣١١٤٥]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/٧٤]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٤٠١]، عن عَبْدِ الله بن شَدَّاد بْن الهَادِ ﷺ به.

قال العيني: «رجاله ثقات، ولكنه منقطع». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٦/٢٧٣].

بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

غاية البيان

قالُوا: «ليسَ للنساءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا ما أعتَقْنَ. وعنْ إبراهيمَ رضي الله عنه قالَ: ليسَ للنساءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا ما أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ، أوْ أعتقَ مَن أعتَقْنَ»[1].

قولُه: (وَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ)، أي: يستَوِي في ثبوتِ الوَلَاءِ للمُعْتقِ الْإِعْتَاقُ بمالٍ وبغيرِ مالٍ؛ لإطلاقِ قولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2].

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «الجملةُ في هذا: أنَّ كلَّ من يَثْبُتُ العتقُ مِن جهتِه؛ يَثْبُتُ الوَلَاءُ منه، سواءٌ شرَطَ الوَلَاءَ، أوْ لَمْ يشْتَرِطْ، أوْ تبرَّأَ مِنَ الوَلَاءِ، وسواءٌ كانَ العتقُ ببدلٍ، أوْ بغيرِ بدلٍ، وعتَقَ بالإعتاقِ، أو بِالقَرَابَةِ، أو بأداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، أو بعدَ الوفاةِ بِالتَّدْبِيرِ أوِ الاسْتِيلَادِ، وسواءٌ كانَ العتقُ عنْ واجبِ كفَّارةِ القتلِ، والإفطارِ، والظِّهارِ [٢/٥٦٣و]، والنذورِ، والأَيْمانِ وغيرِها، أوْ غيرِ واجبٍ.

وكذلكَ إذا أمَر غيرَه بإعتاقِ عبْدِه في حالِ حياتِه، أوْ بَعْدَ وفاتِه، فإنَّ العتقَ يَكُونُ عنِ الآمِرِ، والوَلَاءُ لهُ، والقياسُ: أنْ يَكُونَ عنِ المأمورِ، وبهِ قالَ زُفَرُ رحمه الله.

ولوْ قالَ: أعتِقْ عبْدَك عنِّي؛ ولم يَذْكُرِ البدلَ؛ عَتَقَ عنِ المأمورِ، والوَلَاءُ لهُ عندَ أبي حَنِيفَةَ [ومحمد][3] رحمهما الله.

وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه: يَعْتِقُ عنِ الآمِرِ، والوَلَاءُ لهُ.

ولوْ قالَ: أعتِقْ عبدَكَ على ألفِ درهمٍ، ولم يَقُلْ: عنِّي؛ فإنه يتوقَّفُ على قبولِ العبدِ، فإنْ قَبِلَ في المجلسِ الذي عَلِمَ؛ يَعْتِقُ ويَلْزَمُه المالُ، وإلَّا فلَا، وإنْ أعتَقَ عبْدَه عن غيرِه بغيرِ أمْرِه؛ كانَ العتقُ عنِ المُعْتقِ، والوَلَاءُ لهُ، أجازَ ذلكَ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/١٥٣].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ أَنَّه سَائِبَةٌ؛ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: وَإِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ

الرَّجُلُ أو لَمْ يَجُزْ، حيًّا كانَ أوْ ميتًا؛ لأنَّ العتقَ وقَعَ عنهُ، فلَا يتوقَّفُ على غيرِه»[١]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ أَنَّه سَائِبَةٌ؛ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[٢].

والسَّائِبَةُ: العبدُ يعْتِقُ، ولا يَكُونُ ولاؤُه لمُعْتِقِه، ويضَعُ مالَه حيثُمَا [٦/٤٠٣ظ/م] شاءَ. كذا في «مجملِ اللغةِ»[٣].

والأصلُ فيه: ما رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ المؤمنينَ ﷺ: أَنَّها أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ لِتُعْتِقَهَا، فَقَالَ أَهْلُهَا: عَلَى أَنَّ وَلاءَهَا لَنَا، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لا يَمْنَعُكِ ذَلِكَ، فَإِنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٤]، رَوَى البُخَارِيُّ ﷺ هذا الحديثَ بروايات مختلفةٍ، وفي كلِّ ذلكَ: «إِنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

فَعُلِمَ: أنَّ شَرْطَ بُطْلَانِ الوَلَاءِ عنِ المُعْتِقِ باطلٌ.

وقالَ الخِرَقِيُّ ﷺ - مِنْ أصحابِ أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ ﷺ - في «مختصرِه»: «ومَنْ أعتقَ سائبةً؛ لَمْ يَكُنْ لهُ الوَلَاءُ عليها»[٥].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٤٥٦].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].
(٣) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٤٨٠].
(٤) مضى تخريجه.
(٥) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/٩٣].

الْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِمَا بَاشَرَ مِنَ السَّبَبِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْمَكَاتَبِ وَكَذَا الْعَبْدُ الْمُوصَىٰ بِعِتْقِهِ أَوْ بِشِرَائِهِ وَعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِهِ كَفِعْلِهِ، وَالتَّرِكَةُ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ.

وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ؛ لما بَيَّنَا فِي الْعِتَاقِ وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ بِالتَّدْبِيرِ وَالاسْتِيلَادِ.

غاية البيان

الْمَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»[1]، وذلكَ لأنَّ عِتقَ المُكَاتَبِ واقعٌ مِن جهةِ المولىٰ بالسببِ الذي باشَرَه، وهوَ الكِتَابَةُ، والوَلَاءُ لمنْ أعتَقَ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّه تأخَّرَ عِتْقُه إلىٰ الأداءِ، فأشبَهَ العتقَ المُعلَّقَ بالشرطِ، هذا إذا أدَّاه في حالِ حياةِ المولىٰ، فكذا إذا ماتَ المولىٰ قبْلَ الأداءِ، ثُمَّ [إذا][2] أدَّاه المُكَاتَبُ علىٰ نجومِه إلىٰ ورثةِ المولىٰ؛ يَكُونُ الوَلَاءُ منَ الميتِ، لَا مِنَ الورثةِ، وإنْ كانوا يخْلُفونَه في الاستيفاءِ؛ لأنَّ العتقَ حَصَلَ بما باشَرَه مِنَ السببِ، حتىٰ إنَّه يَرِثُه الذكورُ مِن عَصَبةِ الميتِ دونَ الإناثِ، وقدْ بيَّنَّاه قُبَيْلَ كتابِ الوَلَاءِ في مسألةِ موتِ المولىٰ، وهوَ المرادُ بقولِه: (**وَقدْ قرَّرْنَاهُ فِي الْمُكَاتَبِ**).

وقالُوا في العبدِ المُوصَىٰ بعِتْقِه أوْ بشرائِه وعِتْقِه بعدَ موتِه: إنَّ ولاءَه للميتِ؛ لأنَّ العتقَ يَقَعُ عنه، وتَرِكَتُه علىٰ حُكْمِ مِلْكِه، فقدْ وقَعَ العتقُ في العبدِ، وهوَ علىٰ مِلْكِه، فيَكُونُ ولاؤُه له[3]. كذا في «**شرحِ الأقطع** ﷺ».

قولُه: (وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «**وولاؤُهم له**»[4].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤١].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ عَتَقَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا فِي العِتَاقِ وَوَلَاؤُه لَهُ؛ لِوُجودِ السَّبَبِ وَهُوَ العِتْقُ عَلَيْهِ.

غاية البيان

أمَّا عِتْقُ المُدَبَّرِ: فَلِمَا رُوِيَ في كتابِ التَّدْبيرِ مِن قولِه ﷺ: «المُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ، وهوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ»[1].

ولِمَا علَّلَ في بابِ التَّدْبيرِ أيضًا بقولِه: (وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ، وَالْحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ، فَيَنْفُذُ مِنَ الثُّلُثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لهُ مَالٌ غَيْرُهُ؛ يَسْعَىٰ فِي ثُلُثَيْهِ).

وأمَّا عِتْقُ أُمِّ الولدِ: فَلِمَا رُوِيَ فِي بابِ الِاسْتِيلَادِ مِنْ حديثِ سعيدِ بنِ الْمُسَيِّبِ ﷺ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، وألَّا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ، وَلَا يُجْعَلْنَ مِنَ الثُّلُثِ»[1]، ولأنَّ الحاجةَ إلى [أُمِّ][2] الولدِ أصْلِيَّةٌ، فيُقَدَّمُ على حقِّ الورثةِ، والدَّيْنُ كالتكفينِ.

وأمَّا ثبوتُ الوَلَاءِ [٢/٥٦٣ظ] مِنَ المولى: فلأنَّ [٦/٤٠٤و/م] العتقَ حَصَلَ بالسببِ السابقِ منَ المولى، وهوَ التَّدْبِيرُ أوِ الاسْتِيلَادُ.

قولُه: (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ عَتَقَ عَلَيْهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وولاؤُه لَه»[3].

اعلمْ: أنَّ مَنْ ملَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه؛ يَعْتِقُ عليه، صغيرًا كانَ المالكُ أوْ كبيرًا، صحيحَ العقلِ أو مجنونًا.

وقالَ مالكٌ ﷺ وأصحابُ الظواهرِ: لم يَعْتِقوا إلَّا بإعتاقِ المالكِ[4].

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

(٤) ينظر: «منح الجليل» لعُلَيْش [٩/٣٩١]. و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٨/٤٦٠]؛ =

وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ لرَجُلٍ أَمَةَ رَجُلٍ آخَرَ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأَمَةِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ العَبْدِ؛ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبداً؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مُعْتَقِ الْأُمِّ مَقْصُوداً فَلَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ عَنْهُ عَمَلاً بِمَا رَوَيْنَا.

غاية البيان

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَعْتِقُ بالمِلْكِ إلَّا مَن لهُ وِلادٌ[1]، ولا يَعْتِقُ مَن لهُ رَحِمٌ غير مَحْرَمٍ بالإجماعِ، وأهلُ الذِّمةِ والإسلامِ سواءٌ؛ لعمومِ ما رُوِيَ في «السننِ» مُسْنَدًا إلى سَمُرَةَ ﷺ عنِ النَّبِيِّ ﷺ قالَ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فهوَ حُرٌّ»[2]، وإذا ثبتَ العتقُ على مَنْ مَلَكه؛ ثبتَ الوَلَاءُ منه؛ لأنَّ السببَ وُجِدَ منه، وهوَ العتقُ عليه، وبيانُ الأقاويلِ مَرَّ في أوَّلِ كتابِ العَتَاقِ، وقولُه: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْعَتَاقِ). إشارةٌ إلى الحديثِ المذكورِ.

قولُه: (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ لرَجُلٍ أَمَةَ رَجُلٍ آخَرَ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأَمَةِ الْأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ العَبْدِ؛ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبدًا)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[3].

قالَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «ولوْ أنَّ عبدًا تزَوَّجَ أَمَةَ لقومٍ، فحمَلَتْ منه ثُمَّ أعتقَها مولاها وهيَ حاملٌ؛ كانَ لهُ ولاؤُها، وولاءُ ولدِها، ولم يتحوَّلْ ذلكَ الوَلَاءُ أبدًا إلى مولى أبيه، وإنْ عَتَقَ أبوه في المدَّةِ التي يُعْلَمُ بها أنَّ الأَمَةَ كانت حاملًا بالولدِ يومَ عتقَتْ، بأنْ تأتِيَ به بعدَ عِتْقِها لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، فيُعْلَمُ بذلكَ أنَّها كانَتْ حاملًا يومَ أُعتِقَتْ، إلَّا أنْ تَكُونَ في عِدَّةٍ مِنْ طلاقٍ بائنٍ،

= و«الشرح الصغير» للدردير [٢٧٨/٤].

(١) ينظر: «مختصر المزني/ مطبوع ملحقًا بالأم للشافعي» [٤٣٠/٨]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٧١/١٨]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٩٣/٨].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الْحَمْلِ وَقْتَ الْإِعْتَاقِ أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ يَتَعَلَّقَانِ مَعًا. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَالَتْ رَجُلاً وَهِيَ حُبْلَى وَالزَّوْجُ وَالَى غَيْرَه حَيْثُ يَكُونُ وَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوْلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّ الْجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ [١٣٥/ظ] وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ.

غاية البيان

أو مِن موتِ زَوْجِها، فيَكُونُ ما جاءَتْ به لأقلَّ مِن سنتَيْنِ محكومًا بوقوعِ العتقِ عليها، وهيَ حاملٌ به»[١]. إلى هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ.

الأصلُ في هذا: أنَّ كلَّ مَنْ كانَ لهُ ولاءُ نفسِه، فلَا يَكُونُ تبعًا لغيرِه في الوَلَاءِ؛ لأنَّه وُجِدَ ولاؤُه قصْدًا، فالذي يَثْبُتُ بالقصدِ؛ كانَ أَوْلَى، وإنَّما ثبتَ الوَلَاءُ للحَمْلِ مقصودًا؛ لأنَّ الحَمْلَ لَمَّا كانَ ثابتًا يومَ أُعتِقَتِ الأُمُّ كانَ كسائرِ أجزائِها، فوقعَ العتقُ عليه كسائرِ أجزائِها؛ لأنَّ الأوصافَ القارَّةَ في الأمَّهاتِ تسْرِي إلى الأولادِ، وهذا إذا ولدَتْه بعدَ عِتْقِها لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، أوْ وَلدتْ توأميْنِ أحدُهما لأقلَّ منْ ستَّةِ أشهرٍ؛ لتيقُّنِ الحَمْلُ حينَ إعتاقِ الأُمِّ؛ لأنَّ التوأميْنِ خُلِقا مِن ماءٍ واحدٍ، فإذا ثبَتَ وجودُ أحدِهما وَقْتَ إعتاقِ الأُمِّ؛ ثبتَ وجودُ الآخرِ ضرورةً، وإنَّما ثبتَ الوَلَاءُ لمولى الأُمِّ؛ لقولِه ﷺ: «**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[٢].

وإنَّما لم ينتقِلِ [٤٠٤/٦ظ/م] الوَلَاءُ عن مولى الأُمِّ إلى مولى الأبِ إذا أُعْتِقَ الأبُ؛ لأنَّ ظاهرَ قولِه ﷺ: «**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»، يقتضي ألَّا يَكُونَ الوَلَاءُ لغيرِ المُعْتقِ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أبطلَ في حديثِ بَرِيرَةَ ثبوتَ الوَلَاءِ لغيرِ المُعْتقِ، فلوْ جازَ تحوُّلُ الوَلَاءِ؛ لجازَ شَرْطُه لغيرِ المُعْتقِ.

وهذا الذي ذكرَه القُدُورِيُّ ﷺ مِن ثبوتِ وَلَاءِ الولدِ لمولى الأُمِّ في ولاءِ

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٩٨].

(٢) مضى تخريجه.

قَالَ: فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا؛ فَوَلَاؤُهُ لِمَوَالِي الْأُمِّ، لِأَنَّهُ عِتْقٌ تَبَعًا لِلْأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتْبَعُهَا فِي الْوَلَاءِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِقِيَامِهِ وَقْتَ الْإِعْتَاقِ حَتَّى يَعْتِقَ مَقْصُودًا.

غاية البيان

العَتَاقَةِ، بخلافِ ولاءِ المُوَالَاةِ، حيثُ يَكُونُ ولاءُ الولدِ لمولى الأبِ، فإنَّ المرأةَ الحُبْلى إذا والَتْ رَجُلًا، وزَوْجُها والَى غيرَ ذلكَ الرَّجُلِ؛ فولاءُ الولدِ لمولى الأبِ؛ لأنَّ ولاءَ المُوَالَاةِ لَا بُدَّ لهُ مِنَ الإيجابِ والقبولِ، والجنينُ ليسَ بأهْلٍ لذلكَ، فلَمْ يثْبُتِ الوَلَاءُ في الجنينِ مقصودًا، وإنَّما ثبتَ تبعًا، فجَعْلُه تابعًا للأبِ أَوْلَى؛ لأنَّ الوَلَاءَ في معنى النَّسَبِ.

والأصلُ في الأنسابِ: هوَ الآباءُ، أمَّا ولاءُ العَتَاقَةِ في الجنينِ إذا كانَ موجودًا وَقْتَ إعتاقِ الأُمِّ؛ ثبتَ مقصودًا لكونِه محلًّا للعتقِ، فثَبَتَ الوَلَاءُ مِنْ مولى الأُمِّ، فظَهَر [٢/٥٦٤و] الفرقُ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا؛ فَوَلَاؤُهُ لِمَوَالِي الْأُمِّ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإنْ أُعْتِقَ العبدُ جَرَّ ولاءَ ابنِه وانتقلَ عن مولى الأُمِّ إلى مولى الأبِ»[1].

وإنَّما يثْبُتُ ولاءُ الولدِ لمولى الأُمِّ، ثُمَّ انجرَّ الوَلَاءُ إلى مولى الأبِ إذا أُعْتِقَ؛ لأنَّ الوَلَاءَ لم يثْبُتْ في الولدِ مقصودًا لوجودِ الشكِّ في وجودِه يومَ إعتاقِ الأُمِّ، وإنَّما يثْبُتُ العتقُ فيه تبعًا للأمِّ بِسِرَايَةِ العتقِ إليه لاتصالِه بها.

فإذا ثبتَ عِتْقُه تبعًا؛ كانَ ولاؤُه أيضًا تبعًا للأُمِّ، فيَثْبُتُ مِن مولى الأُمِّ؛ لأنَّه تعذَّرَ إثباتُ الوَلَاءِ مِن مولى الأبِ، فإذا أُعْتِقَ الأبُ زالَ التعذُّرُ، فجَرَّ الوَلَاءَ إلى مولاه؛ لِمَا رَوَى محمدُ بنُ الحسنِ ﷺ في «الأصلِ»: «عن عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ ﷺ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

....

قالَ: إذَا كانَتِ الحُرَّةُ تَحْتَ مَمْلُوكٍ فَوَلَدَتْ؛ عَتَقَ الْوَلَدُ بِعِتْقِهَا، فَإِذَا أُعْتِقَ أَبُوهُمْ جَرَّ الْوَلَاءَ»(١).

وروى محمدٌ رحمه الله أيضاً(٢): «عنِ الزُّبيرِ بنِ الْعَوَّامِ رضي الله عنه: أنَّه أبصَرَ بخُنَيْنٍ(٣) فِتْيَةً لُعْساً(٤) أعجبَه ظَرْفهم(٥)، وأُمُّهم مولاةٌ لِرَافِعِ بنِ خَدِيجٍ، وأبوهم عبْدٌ لبعضِ الْحُرَقَةِ(٦) مِن جُهَيْنَةَ، أوْ لبعضِ أَشْجَع، فاشترى الزُّبَيْرُ أباهم فأعتقَه، ثُمَّ قالَ: انْتَسِبُوا إِلَيَّ. وقالَ رَافِع: بلْ هم مَوَالِيَّ. فاختصموا إلى عُثْمَان رضي الله عنه، فقضَى بالولاءِ لِلزُّبَيْرِ»(٧)، ولأنَّ الوَلَاءَ ضربٌ مِنَ التعصيبِ، وإنَّما يثْبُتُ مِنْ جهةِ الأبِ، يَدُلُّ عليه: الأحكامُ، كالنُّصْرَةِ والعَقْلِ.

والأصلُ فيه: أنَّ الوَلَاءَ لُحْمَةٌ [٦/٤٠٥و/م] كلُحْمَةِ النَّسَبِ، ثُمَّ النَّسَبُ إذا تعذَّرَ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [١٧١/٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق [١٧٢/٤ - ١٧٣].

(٣) عند محمد في الطبعتين: «بخيبر»!

(٤) اللُّعْس: جمْع: أَلْعَس، وهو الذي في شَفَتِهِ سَواد. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٢٥٣/٤/ مادة: لَعَسَ].

(٥) الظَّرْف والظَّرَافة: الكَيْس والذكاء. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٣٣/٢].

(٦) الحُرَقَة - بضم الحاء، وفتح الراء، والقاف -: لقَبٌ لبطْنٍ مِن جُهينة، وإنما سُمُّوا: الحُرَقَة؛ لأنهم أحرقوا بني سهم بن مُرة بن عوف بن سعد بن ذبيان بالنَّبْل. ينظر: «جامع الأصول في أحاديث الرسول» لابن الأثير [٣٢٦/١٢]. و«المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٩٨/١].
وجاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن»: «الحارقةُ والحُرَقَة: بطْنٌ مِن العَرَب».

(٧) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٢٨١]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٥١٦/١٠]، عن الزُّبير بن الْعَوَّام رضي الله عنه به. قال ابن الملقن في البدر المنير [٧٢٢/٩، ٧٢٣]: «رَوَاهُ الْبَيْهَقِيّ كَذَا وَمِنْه نقلته، ثمَّ قَالَ: هَذَا هُوَ الْمَشْهُور عَن عُثْمَان، وَرَوَى الزُّهْرِيّ عَن عُثْمَان بِخِلَافِهِ مُنْقَطِعًا: «وَإِنَّمَا الْوَلَاء لَا يجرّ». فَذكرهَا الْبَيْهَقِيّ بِإِسْنَادِهِ، ثمَّ قَالَ: وَالرِّوَايَة الأولَى من عُثْمَان أصح بشواهدها. قَالَ: ومراسيلُ الزُّهْرِيّ ردية».

فَإِنْ أَعْتَقَ العَبْدُ جَرَّ الأَبُ وَلَاءَ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ مِنْ مَوَالِي الأُمِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ هُنَا فِي الْوَلَدِ ثَبَتَ تَبَعًا لِلْأُمِّ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قَالَ ﷺ:

غاية البيان

إثباتُه مِنَ الأبِ ؛ ثبتَ مِنَ الأُمِّ، فإذا حدَثَ النَّسَبُ إلى الأبِ ؛ عادَ إليه كالملاعِنِ إذا أكذَبَ نفسَه ؛ انتسَبَ الولدُ إليه، فكذا في الوَلَاءِ.

وأورَدَ الشيخُ أبو نصرٍ ﷺ في هذا المقامِ سُؤالًا وجوابًا فقالَ:

«**فإنْ قيلَ**: إنَّ الوَلَاءَ جُعِلَ في الشَّرِيعَةِ بمنزلةِ النَّسَبِ، والنَّسَبُ لَا يَنْفَسِخُ، فكذلكَ الوَلَاءُ يَجِبُ أَلَّا يَنْفَسِخَ بعدَ ثبوتِه.

قيلَ له: كذلكَ نَقُولُ: لَا يَنْفَسِخُ، ولكنْ حدَثَ ولاءٌ أَوْلَىٰ منه، فقُدِّم عليه كما نَقُولُ في الأخِ لهُ تعصِيبٌ، فإنْ حَدَثَ للرَّجُلِ ابنٌ كانَ أَوْلَىٰ مِنَ الأخِ وإنْ لَمْ يَبْطُلْ تعصيبُه، بخلافِ المسألةِ الأُولىٰ، وهيَ ما إذا ولدَتْ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ، حيثُ لَا يَنْجَرّ الوَلَاءُ إذا أُعتِقَ الأبُ ؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ وقعَ على الجَنِينِ مقصودًا تبعًا للأُمِّ، فلَا يتحَوَّلُ الوَلَاءُ.

وبخلافِ ما إذا أُعْتِقَتِ الأَمَةُ المعتدَّةُ عنْ موتٍ، أوْ طلاقٍ، فجاءَتْ بولدٍ لتمامِ سنتَيْنِ منذُ [يومِ][1] ماتَ، أوْ طَلَّقَ، وقدْ أعتَقَ الأبَ رَجُلٌ آخرُ ؛ كانَ ولاءُ الولدِ لمولىٰ أُمّه لَا ينتَقِلُ ؛ لأنَّ العتقَ وقَعَ على الجَنِينِ مقصودًا لوجودِ الحَمْلِ وَقْتَ إعتاقِ الأُمِّ ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ العُلُوقُ بعدَ الموتِ والطلاقِ البائنِ ، فيُسْنَدُ العُلُوقُ إلى حالِ الحياةِ وحالِ النِّكَاحِ، فيَكُونُ الحَمْلُ موجودًا حالَ إعتاقِ الأُمِّ لَا محالةَ»[2].

والطَّحَاوِيُّ ﷺ قَيَّدَ الطلاقَ بالبائنِ في «**مختصرِه**»[3]، وقدْ ذكرْناه، واتبعه

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٢].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٩٩].

«**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ» ثُمَّ النَّسَبُ إِلَى الْآبَاءِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ وَالنِّسْبَةُ إِلَى مَوَالِي الْأُمِّ كَانَتْ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْأَبِ ضَرُورَةً، فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ؛ كَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ يُنْسَب إِلَى قَوْمِ الْأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ الْمُلَاعِنُ نَفْسَهُ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتِ**

الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِه»[١]، والحاكمُ الشهيدُ ﵀ أطلقَ الطلاقَ، ولم يُقَيِّدْ بالبائنِ حتى يشْمَلَ البائنَ والرَّجْعِيَّ جميعًا[٢].

واتبعَه صاحبُ «**الهدايةِ**» ﵀، وذلكَ لأنَّه لَا تَثْبُتُ الرجعةُ بالشكِّ، فكانَ العُلُوقُ قبلَ الطلاقِ، فيَثْبُتُ وجودُ الحمْلِ وَقْتَ إعتاقِ الأُمِّ، فيَثْبُتُ عِتْقُه مقصودًا، فيَثْبُتُ الوَلَاءُ أيضًا مقصودًا، والوَلَاءُ إذا ثبتَ قصْدًا لَا يَتحوَّلُ بعدَ ذلكَ إلى مولى الأبِ.

قولُه: (**قَالَ ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ»**[٣])، ذكرَه محمدُ بنُ الحسنِ ﵀. هكذا في «**الأصلِ**»: «عن عُبيدِ[٤] اللهِ بنِ عُمَرَ، عنْ عبدِ اللهِ بن دينارٍ، عن ابن عُمَرَ ﵄ عنْ رسولِ الله ﷺ»[٥].

وفسَّر في «**الجمهرةِ**»[٦]، و«**ديوانِ الأدبِ**»[٧]: اللُّحْمَةَ بِالقَرَابَةِ، وقالَ في

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٥٧].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

(٣) مضى تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «عبد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٥) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/١٩٧].

(٦) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٥٦٨].

(٧) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارَابِي [١/١٧٥].

أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ[١] مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ حَيْثُ يَكُونُ الْوَلَدُ مَوْلًى لِمَوَالِي الْأُمِّ وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ الْعُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ الْبَائِنِ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ فَاسْتَنَدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الْوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْإِعْتَاقِ فَعُتِقَ مَقْصُودًا.

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةٌ بِعَبْدٍ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَجَنَى الأَوْلَادُ فَعَقْلُهُم عَلَى مَوَالِي الأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ عُتِقُوا تَبَعًا لِأُمِّهِمْ وَلَا عَاقِلَةَ لِأَبِيهِمْ وَلَا مَوْلَى، فَأُلْحِقُوا بِمَوَالِي الْأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

غاية البيان

[٢/٥٦٤ظ] «**المغرب**»: «أي: تشابُكٌ وَوُصْلةٌ كوُصْلةِ النَّسَبِ»[٢].

قولُه: (**بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ**)... إلى آخرِه، يَتَّصِلُ بقولِه: (**فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ**)، يَعْنِي: ثَمَّةَ يَعُودُ الوَلَاءُ إلى مولى الأبِ، وهنا لَا يَعُودُ، وقدْ بيَّنَّاهُ.

قولُه: (**وَفي «الجامعِ الصغيرِ»: وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةٌ بِعَبْدٍ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا**)... إلى آخرِه.

وصُورتُها في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في امرأةٍ حُرَّةٍ تزوَّجَتْ عبداً فولدَتْ منه، فجَنى الولدُ [٦/٤٠٥ظ/م]، فعَقَلَتْ عاقلةُ الأُمِّ، ثُمَّ أُعْتِقَ الأبُ؛ أنَّه يَجُرّ إلى مواليه ولاءَ الولدِ، ولا يَرْجِعُ موالي الأُمِّ بشيءٍ ممَّا أدَّوْا»[٣]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»، وذلكَ لِمَا رُوِيَ عن عُمَر

(١) في حاشية الأصل: «خ، أصح: لأقل من سنتين».
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٢٤٤].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩].

فَإِنْ أَعْتَقَ الأَبُ جَرَّ وَلَاءَ الأَوْلَادِ إِلَىٰ نَفْسِهِ لِمَا بَيَّنَّا وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا؛ لِأَنَّهُمْ حِينَ عَقَلُوهُ كَانَ الْوَلَاءُ ثَابِتًا لَهُمْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَبِ مَقْصُودًا؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ مَقْصُودٌ وَهُوَ الْعِتْقُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ إِذَا عَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ الْأُمِّ ثُمَّ أَكْذَبَ الْمُلَاعِنُ نَفْسَهُ حَيْثُ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الْعُلُوقِ **وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَىٰ ذَلِكَ** فَيَرْجِعُونَ.

غاية البيان

وعُثْمَانَ في آخرين مِنَ الصحابة ﷺ: أنَّ الأبَ إذا أُعْتِقَ جَرَّ ولاءَ الولدِ إلىٰ مواليه، ولأنَّ الولاءَ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ، والأصلُ في الأنسابِ للآباءِ، وإنَّما لم يثْبُتِ الوَلَاءُ مِنَ الأبِ للمانعِ، فإذا زالَ المانعُ ثبتَ منه كالمُلاعِنِ إذا أكذَبَ نفْسَه، فلوْ أنَّ عاقلةَ الأُمِّ عقَلُوا جنايتَه؛ لَا يرْجِعون بذلكَ علىٰ عاقلةِ الأبِ إذا أُعْتِقَ الأبُ، وإنِ انجرَّ الوَلَاءُ إلىٰ مولىٰ الأبِ. هكذا ذكرَ في كتابِ المعاقِلِ؛ لأنَّ الوَلَاءَ مِن قومِ الأبِ يثْبُتُ مقصودًا علىٰ حالِ عَتَاقِ الأبِ، فلَمْ يظهرْ أنَّ عاقلةَ الأُمِّ قَضَوْا دَيْنًا علىٰ عاقلةِ الأبِ، فلَا يرْجِعونَ بما أدَّوْا عليهم؛ لأنَّهم حينَ عقَلُوا لَمْ يَكُنِ الوَلَاءُ لموالي الأبِ، بلْ كانَ لموالي الأُمِّ، وإنَّما ثبتَ لموالي الأبِ في المُسْتأنفِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ **في كتابِ العَتَاقِ مِن «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «وليسَ هذا كولدِ المُلَاعَنةِ إذا جنَىٰ فعقَلَ عنه عاقلةُ الأُمِّ، ثُمَّ ادَّعَاه الأبُ؛ تَرْجِعُ عاقلةُ الأُمِّ علىٰ عاقلةِ الأبِ؛ لأنَّ هنالك قد استندَ ثبوتُ النَّسَبِ إلىٰ الأصلِ، وتبيَّنَ أنَّ ولاءَه في ذلكَ الوقتِ كانَ لموالي الأبِ، وأمَّا هاهنا: فلَمْ يَسْتَنِدْ إلىٰ حالٍ متقدِّمٍ».

قولُه: (وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَىٰ ذَلِكَ)، أي: كانَ قومُ الأُمِّ مجبورِين علىٰ أداءِ العقلِ لَا متبرِّعينَ؛ لأنَّهم أُجْبِروا علىٰ الأداءِ؛ لأنَّهم كانوا عاقلةً حينئذٍ ظاهرًا، فإذا ثبتَ النَّسَبُ مِنَ الأبِ بالإكذابِ؛ ثبتَ مِن زمانِ العُلُوقِ، فظهرَ أنَّ قومَ الأُمِّ قَضَوْا دَيْنًا عن غيرِهم بحُكْمِ القاضي؛ فيَرْجِعونَ بذلكَ علىٰ عاقلةِ الأبِ.

قَالَ: وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةِ الْعَرَبِ، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا؛ فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَيْضًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الْأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ [١٣٦/و] الْأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْأَبُ عَبْدًا؛ لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًى.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةِ الْعَرَبِ، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا؛ فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وهوَ أيضًا قولُ محمدٍ ﷺ، كذا ذَكَر في «الأصلِ»[2]..»[3].

(وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ)[3].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (الْخِلَافُ فِي مُطْلَقِ الْمُعْتَقَةِ، وَالْوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ الْعَرَبِ وقَعَ اتِّفَاقًا)، يَدُلُّ عليه: ما قالَ محمدٌ ﷺ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في المرأةِ تعْتَقُ فتزوَّجها نَبَطِيٌّ، ثُمَّ أسلَمَ فوالى رَجُلًا وعاقَدَه، ثُمَّ ولدَتْ لهُ ولدًا، قالَ: مَوالِيه موالي أُمِّه»[4]. إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

فصحَّ ما قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ؛ لأنَّ محمدًا وضَعَ المسألةَ في مُطْلَقِ المُعْتَقَةِ، ولم يَذْكُرِ الخلافَ في «الجامعِ الصغيرِ» كما ترى.

وقالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: هذا قول أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﷺ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨٢].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٦/٣٦٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٢].

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٢٥٣].

وَلَهُمَا: أَنَّ وَلَاءَ الْعِتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ حَتَّىٰ اِعْتُبِرَتْ الْكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ الْعَجَمِ ضَعِيفٌ فَإِنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ وَلِهَذَا لَمْ تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالنَّسَبِ، وَالْقَوِيُّ لَا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ

غاية البيان

[٦/٤٠٦و/م] **وقالَ أبو يوسفَ** ﷺ: ولاءُ الولدِ لمَوالي الأبِ.

وفسَّرَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: النَّبَطِيَّ برَجُلٍ مِنْ غيرِ العربِ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ: «معنىٰ هذا: أن تَكُونَ المُعْتَقَةُ كافرةً كِتابِيَّةً»[(١)].

وقالَ فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ: «وأجمعوا أنَّهما لوْ كانا مُعْتَقَيْنِ، أو كانَ الأبُ مُعْتقًا خاصةً، والأُمُّ مِنَ الموالي [٢/٥٦٥و] بالموالاةِ، فإنَّ الولدَ تابعٌ للأبِ، وكذا لوْ كانَ الأبُ عربيًّا والأُمُّ مُعْتَقَةٌ؛ فالولدُ تابعٌ للأبِ»[(٢)].

ويدلُّ علىٰ صحَّةِ ما قالَ صاحبُ «**الهدايةِ**»: ما ذكرَه الطَّحَاوِيُّ في «**مختصرِه**»: «وإذا أعتقَ الرَّجُلُ أَمَةً، فتزوَّجَها رَجُلٌ مسلمٌ ليسَ بعربيٍّ، ولا بمولىٰ عَتَاقةٍ لعربيٍّ، فولدَتْ منه ولدًا، فإنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ كانَ يَقُولُ: ولاؤُه لموالي الأُمِّ؛ لأنَّ أباه لَا نسَبَ له، ولا ولاءَ عليه في هذا لموالي أبيه.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: حُكْمُه في هذا حُكْمُ أبيه، ولا ولاءَ عليه في هذا لموالي أُمِّه. **والصحيحُ** أنَّ محمدًا مع أبي حَنِيفَةَ ﷺ»[(٣)]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في بابِ جرِّ الوَلَاءِ مِنْ «**مختصرِ الكافي**»: «فإذا كانَتِ الأَمَةُ مُعْتَقَةً، والأبُ حُرٌّ مسلمٌ؛ لَمْ يَعْتِقْ، فالولدُ لموالي الأُمِّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/١٤٧].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/١٢٨].
(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٩٨].

الْأَبُ عَرَبِيًّا، لِأَنَّ أَنْسَابَ الْعَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ فِي حُكْمِ الْكَفَاءَةِ وَالْعَقْلِ، لَمَّا أَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِهَا فَأَغْنَتْ عَنْ الْوَلَاءِ. قَالَ الْعَبْد الضَّعِيفُ: الْخِلَافُ فِي مُطْلَقِ الْمُعْتَقَةِ وَالوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ العَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا.

غاية البيان

ومحمد ﷺ، وهذا والعبدُ سواءٌ»، يَعْنِي: لوْ كانَ الأبُ عبدًا، والأُمُّ مُعْتَقَةٌ؛ كانَ ولاءُ الولدِ لموالي الأُمِّ، فكذا إذا كانَ حُرًّا ليسَ بعربيٍّ، ولا بمُعْتقٍ.

ثُمَّ قَالَ في «الكافي»: «وكذلكَ إنْ كانَ قد والَىٰ الأبُ رَجُلًا؛ لأنَّها موالاةُ عَتَاقةٍ، والعَتَاقَةُ أَوْلَىٰ مِنَ المُوَالَاةِ».

ثُمَّ قَالَ في «الكافي»: «فإنْ كانَ الأبُ مِنَ العربِ، أو مولىٰ عتاقةٍ؛ فإنَّ الولدَ يُنْسَبُ إلىٰ قومِ أبيه، وقالَ أبو يوسفَ في هذا كلِّه: الولد مولىٰ لموالي الأبِ»[1].

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ ﷺ: أنَّ الولدَ يُنْسَبُ إلىٰ قومِ الأبِ بالاتفاقِ، فيَجِبُ أنْ يَكُونَ ولاؤُه تابعًا لولاءِ الأبِ؛ لأنَّ الوَلَاءَ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ بالحديثِ، بخلافِ ما إذا كانَ الأبُ عبدًا؛ حيثُ يَكُونُ ولاءُ الولدِ لموالي الأُمِّ بالاتفاقِ؛ لأنَّ الأبَ هالك مَعْنًىٰ؛ لأنَّه لَا يَقْدِرُ علىٰ شيءٍ، قالَ تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، ولأنَّ الرِّقَّ مِنْ آثارِ الكفرِ؛ لأنَّه جزاءُ الكفرِ الأصليِّ، والكفرُ موتٌ مَعْنًىٰ، قالَ تعالىٰ: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]، أي: كافرًا فهَدَيْناه.

وَوجْهُ قولِهما: أنَّ الوَلَاءَ بعلَّةِ الإنعامِ، وهوَ مُنْعَمٌ عليه مِن قِبَلِ مَوالي الأُمِّ بالحُرِّيَّةِ بطريقِ التبعيَّةِ للأُمِّ، فكانَ الوَلَاءُ لهم، ولأنَّ الوَلَاءَ يثْبُتُ للنصْرةِ، وهذا موجودٌ في موالي الأُمِّ؛ لأنَّ مواليها يتناصَرُون بالقبائلِ، ولَمْ يُوجَدْ ذلكَ في الأبِ العجميِّ الذي ليسَ بمُعْتقٍ؛ لأنَّ العجمَ ضيَّعوا أنسابَهم [٦/٤٠٦ظ/م]، [ولا يَكُونُ

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ كَافِرَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ النَّبَطِيُّ وَوَالَىٰ رَجُلًا ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ وَإِنْ كَانَ أَضْعَفَ فَهُوَ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ وَصَارَ كَالْمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِي وَبَيْنَ الْعَرَبِيَّةِ.

﴿ غاية البيان ﴾

سائرُ المسلمينَ][1] عاقلةً له؛ لأنَّه لَا قَرَابَةَ بينه وبينهم، والمُوَالَاةُ بينه وبينَ الكفارِ منقطعةٌ، فكانَ عاقلةُ الأولادِ قومَ أُمِّهم، ولأنَّ الأبَ لوْ كانَ عبدًا كانَ ولاءُ الولدِ لموالي الأُمِّ؛ لأنَّه لَا عاقلةَ لأبيه، فكذلكَ في مسألتِنا. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[2].

وكذلكَ لوْ كانَ الأبُ والَىٰ رَجُلًا؛ كانَ ولاءُ الولدِ لموالي الأُمِّ، لأنَّ ولاءَ العَتَاقَةِ أقوىٰ مِن ولاءِ المُوَالَاةِ، ولا يُعْتَبرُ الأدنىٰ بمقابلةِ الأقوىٰ، ألا ترىٰ أنَّ مولىٰ العَتَاقَةِ مُقدَّمٌ علىٰ ذوي الأرحامِ، ومولىٰ المُوَالَاةِ مُؤَخَّرٌ عن ذوي الأرحامِ، وأنَّ ولاءَ المُوَالَاةِ يقْبَلُ الفَسْخَ، وولاءُ العَتَاقَةِ لَا يقْبَله، ولهذا لوْ خرَجَ رَجُلٌ مِنْ دارِ الحربِ وأسلَم ووالَىٰ رَجُلًا، ثُمَّ سُبِيَ أبوه من دارِ الحربِ وأُعْتِقَ؛ صارَ ولاءُ الولدِ للذي أعتَقَ الأبَ، وبَطَلَ ولاؤُه مِنَ الذي وَالاه؛ لأنَّه ظهرَ أقوىٰ الولاءَيْنِ، فكذا هاهنا.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الجَدَّ هل يَجُرَّ الوَلَاءَ أمْ لا؟

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصرِ الكافي»: «قالَ الشَّعْبِيُّ ﷺ: إذا أُعْتِقَ الجَدُّ جَرَّ الوَلَاءَ. وقالَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: لَا يَجُرّ الجَدُّ الوَلَاءَ، ولا يَكُونُ مسْلمًا بإسلامِ الجَدِّ»[3]. كذا في «الكافي».

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «ولأن سائر المسلمين».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٢].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

وَلَهُمَا: أَنَّ وَلَاءَ الْمُوَالَاةِ أَضْعَفُ حَتَّىٰ يَقْبَلَ الْفَسْخَ، وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ لَا يَقْبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ الْقَوِيِّ، وَلَوْ كَانَ الْأَبَوَانِ مُعْتَقَيْنِ فَالنِّسْبَةُ إِلَىٰ قَوْمِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُمَا اِسْتَوَيَا، وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَوْ؛ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ أَكْثَرُ.

غاية البيان

بيانُه: أنَّ مُعْتَقَةً لقومٍ تزوَّجها عبدٌ، وحصَلَ لهُ منها ولدٌ، فولاءُ الولدِ يَكُونُ لمولىٰ أُمِّه بلَا خلافٍ، فإذا أُعْتِقَ الأبُ؛ انجرَّ ولاؤُه إلىٰ موالي أبيه، فإنْ لَمْ يُعْتَقِ [٢/٥٦٥ط] الأبُ ولكنَّه أُعْتِقَ الجدُّ؛ لم يَجُرَّ الوَلَاءُ إلىٰ مواليه.

وقالَ الإمامُ سِرَاجُ الدِّين في «شرحِه» لفرائضِه الموسومِ بـ«السِّرَاجِيِّ»: «قالَ شُرَيْح وسُفْيَان ومالك رحمهم الله وأهلُ المدينةِ[1]: إنَّ الجدَّ يَجُرُّ ولاءَ ولدِ الابنِ مِنْ موالي أُمِّه إلىٰ موالي نفْسِه، وبه قالَ الأَوْزَاعِيُّ وابنُ أبي لَيْلَىٰ وابنُ الْمُبَارَكِ رحمهم الله.

وقالَ زُفَرُ رحمه الله: إنْ كانَ الأبُ حيًّا؛ فالجَدُّ لَا يَجُرُّ الوَلَاءَ، وإنْ كانَ ميتًا يَجُرُّ الوَلَاءَ».

وقالَ في «الأسرارِ» و«شرحِ الأقطعِ»[2]: «قالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: الجدُّ يَجُرُّ الوَلَاءَ[3]».

لهم: أنَّ الوَلَاءَ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ، فيَثْبُتُ مِنَ الجَدِّ؛ لأنَّه أصلٌ في بابِ النَّسَبِ.

ولنا: أنَّ الوَلَاءَ فرْعُ النَّسَبِ وتابعٌ له، فلَا يثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الجَدِّ بدونِ ثبوتِه منَ الأبِ، ولهذا إذا ادَّعَىٰ الجَدُّ، ونفَىٰ الأبُ؛ لم يُلْتَفَتْ إلىٰ دِعْوتِه، وبدِعْوةِ

---

(١) ينظر: «المدونة» لسحنون [٢/٥٨٠]، و«البيان والتحصيل» لابن رشد [١٤/٢٤٦]، و«مواهب الجليل في شرح مختصر خليل» للحطاب [٦/٣٦١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٢].

(٣) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [١٢/١٧٢]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [١٠/٥٠٣].

قَالَ: **وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ وَهُوَ أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِنَ العَمَّةِ وَالخَالَةِ؛ لِقَوْلِهِ** ﷺ لِلَّذِي اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ: هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ

غاية البيان

الأبِ يثْبُتُ النَّسَبُ منه، ومِنَ الجَدِّ تبعًا، فإذا لم يثْبُتِ النَّسَبُ مِنَ الجَدِّ بدونِ ثبوته مِنَ الأبِ؛ لم يثْبُتِ الوَلَاءُ بالطريقِ الأَوْلَىٰ، ولأنَّ الجَدَّ يُدْلِي إليه بواسطةٍ، فلَمْ يَجُرَّ الوَلَاءَ كالأخِ والعَمِّ، ولا يَكُونُ مسْلمًا بإسلامِ الجَدِّ، إذْ لوْ جازَ اتباعُه الجَدَّ في الإسلامِ؛ جازَ اتباعه جَدّ الجَدِّ إلىٰ ما لَا نهايةَ له، فيَلْزَمُ أنْ يَكُونَ الكفارُ كلُّهم مسْلمينَ تبعًا لآدمَ، وكُفارًا بكُفْرِهم، ولا وَجْه إلىٰ ذلكَ؛ للزومِ الجمعِ بينَ النقِيضَيْنِ.

قالَ في «مجملِ اللغةِ»: «العجَمُ: خلافُ العربِ، والأعجمِيُّ: الذي لَا يُفْصِحُ وإنْ كانَ مِنَ العربِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ)، أي: قالَ [٦/٤٠٧و/م] **القُدُورِيُّ** ﵀ في «**مختصرِه**»[2]، وذلكَ لِمَا رَوَىٰ الحسنُ بن زياد ﵀ في «**المجرَّدِ**»: «عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: عنِ الحَكَمِ عن عَبْدِ الله بن شَدَّاد بْن الهَادِ: «أَنَّ ابْنَةَ حَمْزَةَ بن عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ﵄ أَعْتَقَتْ غُلَامًا لَهَا، ثُمَّ ماتَ وترَكَ ابْنَته، فَأَعْطَىٰ رَسُولُ الله ﷺ ابْنَتَهُ النِّصْفَ، وأَعْطَىٰ ابْنَةَ حَمْزَةَ النِّصْفَ»[3]، وقدْ مَرَّ هذا الحديثُ في أوائلِ كتابِ الوَلَاءِ.

فَعُلِمَ مِن هذا: أنَّ ولاءَ العَتَاقَةِ تعْصِيبٌ.

ورَوَىٰ أصحابُنا ﵏ **في كُتبِهم**: أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، فَأَخْبَرَ النَّبِيَّ ﷺ بذَلِكَ، فقالَ: «**هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فهوَ خَيْرٌ لهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ**

---

(١) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٦٤٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

(٣) مضى تخريجه.

عُصَبَتُهُ» وَوَرِثَ اِبْنَةُ حَمْزَةَ ﷺ عَلَىٰ سَبِيلِ الْعُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ وَإِذْ كَانَ عَصَبَةً تَقَدَّمَ عَلَىٰ ذَوِي الْأَرْحَامِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ.

غاية البيان

فهوَ خيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، ولوْ ماتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وارِثًا؛ كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»(١).

ورَوَىٰ محمدٌ ﷺ هذا الحديثَ في كتابِ الوَلَاءِ مِنَ «الأصلِ»: «عنْ أبي يوسفَ، عنْ إسماعيلَ بن مسلمٍ، عنِ الحسن البَصْرِيِّ ﷺ عن رسولِ الله ﷺ»(٢).

ومعنىٰ قولِه: «هو أَخُوكَ»، أي: في الدِّينِ، ومعنىٰ قولِه: «إِنْ شَكَرَكَ فهوَ خَيْرٌ لَهُ»، أي: إنْ شَكَرَكَ بالمجازاةِ علىٰ صنيعِك فهوَ خيرٌ له؛ لأنَّه انتُدِبَ لِمَا نُدِبَ إليه، قالَ ﷺ: «مَنْ أُزِلَّتْ(٣) إِلَيْهِ نِعْمَةٌ فَلْيَشْكُرْهَا»(٤).

و«وَشَرٌّ لَكَ»؛ لأنَّه وصَلَ إليكَ بعضُ الثوابِ في الدنيا، فينتَقِصُ بقَدْرِه منْ ثوابِ الآخرةِ، (وَإِنْ كَفَرَكَ فهوَ خَيْرٌ لَكَ)؛ لأنَّه يَبْقَىٰ ثوابُ العملِ كلُّه لكَ في الآخرةِ، (وَشَرٌّ لهُ)؛ لأنَّ كُفْرانَ النعمةِ قبيحٌ، قالَ ﷺ: «مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ؛ لَمْ يَشْكُرِ اللهَ تَعَالَىٰ»(٥).

---

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٢١٤]، والدارمي في «سننه» [٤٦٨/٢]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٤٠/٦]، عَنِ الْحَسَنِ البصري ﷺ به مرسلًا نحوه.
قال ابنُ الملقن: «هذا مرسل كما ترىٰ، ولَمْ يُعِلَّه البيهقيُّ بغير الإرسال».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [١٦٥/٤].

(٣) أي: أُسْدِيَتْ إليه وأُعْطِيها، وأصلُه من الزَّلِيلِ، وهو انتقال الجسم من مكان إلىٰ مكان، فاسْتُعِير لانتقال النعمة من المُنْعِم إلىٰ المُنْعَم عليه. يقال: زَلَّتْ منه إلىٰ فلان نعمة، وأَزَلَّهَا إليه. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣١٠/٢/ مادة: زل].

(٤) أخرجه: ابن أبي الدنيا في «فضيلة الشكر» [ص/٦٥]، ومسدد في «مسنده» كما «المطالب العالية» [٥٦١/١١]، والبيهقي في «شعب الإيمان» [٥١٦/٦]، عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ صَيْفِيٍّ ﷺ به مرسلًا.

(٥) أخرجه: الترمذي في كتاب البر والصلة عن رسول الله/ باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك [رقم/١٩٥٥]، وأحمد في «المسند» [٣٢/٣]، وأبو يعلىٰ في «مسنده» [٣٦٥/٢]، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ ﷺ به.
=

فإن كان لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةً مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى مِنَ المُعْتَقِ، لِأَنَّ الْمُعْتَقَ آخِرُ الْعصباتِ، وهَذا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ﷺ: «وَلَمْ يَتْرُكْ وارِثًا» قَالُوا: الْمُرَادُ مِنْهُ وارِثٌ عَصَبَةٍ بِدَليلِ الْحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَنِ العَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الأَرْحَامِ.

قَالَ: فَإِنْ كانَ لِلْمُعْتقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فهوَ أَوْلَى لِمَا ذَكَرْنَا.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيْرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ.

تَأْوِيلُهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كانَ فَلَهُ الْبَاقِي [١٣٦/ظ]

غاية البيان

قولُه: (بِدَلِيلِ الْحَدِيثِ الثَّانِي)، أرادَ به: حديثَ ابنةِ حمزةَ، وهذا لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعلَها عَصَبةً مع وجودِ الوارثِ؛ لأنَّ البنتَ الصُّلْبِيَّةَ وارثةٌ، ولكنْ ليسَتْ بعَصَبةٍ.

فَعُلِمَ بهذا: أنَّ المرادَ مِن قولِه ﷺ: «فَإِنْ ماتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا»[1]، وراثٌ هوَ عَصَبةٌ، لَا وارِثٌ مُطْلَقٌ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كانَ لِلْمُعْتقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فهوَ أَوْلَى)، أي: قَالَ: القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه» [٢/٥٦٦و]، وتمامُه فيه: «وإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ عَصَبةٌ مِن جهةِ النَّسَبِ؛ فميراثُه للمُعْتقِ»[2]، وذلكَ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجرَىٰ الوَلَاءَ مَجْرَىٰ النَّسَب حيثُ قالَ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[3]، وما أُجْرِيَ مَجْرَىٰ غيره يثْبُتُ حُكْمُه عندَ عدمِه، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ: «ولوْ ماتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا؛ كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»[3].

والمرادُ مِنَ الوارثِ: وارِثٌ عَصَبةٌ، فإذا ترَكَ عَصَبةً مِنَ النَّسَبِ كانَ هوَ أَوْلَى مِنَ المُعْتقِ، وهذا هوَ المرادُ بقولِه: (لِمَا ذَكَرْنَا).

قولُه: (تَأْوِيلُهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كانَ فَلَهُ الْبَاقِي

= قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٨٢].

(٣) مضىٰ تخريجه.

بَعْدَ فَرْضٍ ؛ لِأَنَّهُ عصبة عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا ، وَهَذَا وَهَذَا لأنَّ الْعَصَبَةَ مَنْ يَكُون التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ وَبِالْمَوْلَى الِانْتِصَارُ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَالعَصَبَةُ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ.

غاية البيان

بَعْدَ فَرْضٍ)، أي: تأويلُ قولِ القُدُورِيِّ ﷺ: «وإن لَمْ يَكُنْ لهُ عَصَبَةٌ منَ النَّسَبِ ؛ فميراثُه للمُعْتقِ»[1]، ولهذا التأويلِ وجهانِ:

أحدُهما: أنْ [٦/٤٠٧ظ/م] يُقَالُ: إذا لَمْ يُوجَدْ صاحبُ فرْضٍ ذو حالٍ غيرِ الفرضِ، كالأبِ والجَدِّ ؛ فإنَّ للأبِ حالًا سوىٰ حالِ الفرضِ، وهوَ العُصوبةُ، فإذا وُجِدَ صاحبُ فرْضٍ صفتُه هذا ؛ يَكُون الباقي بعدَ الفرضِ لصاحبِ الفرضِ، ولا شيءَ للمُعْتقِ، فيَكُونُ الضميرُ في (**فَلَهُ الْبَاقِي**) على هذا التأويلِ راجعًا إلىٰ صاحبِ الفرضِ.

والوجهُ الثاني: أنْ يُقَالَ: إذا لَمْ يُوجَدْ صاحبُ فرْضٍ ذو حالٍ واحدٍ، وهيَ حالُ الفرضِ، ولا حالَ لهُ غيرُه، كبنتِ المُعْتقِ، فإذا وُجِدَ صاحبُ فرْضٍ صفتُه هذا ؛ يَكُون الباقي بعدَ فرْضِ صاحبِ الفرضِ للمُعْتقِ.

والضميرُ على هذا التأويلِ في (**فَلَهُ**): راجعٌ إلىٰ المُعْتقِ، والضميرُ في (**لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ**)، علىٰ التأويلِ الأوَّلِ: راجعٌ إلىٰ صاحبِ الفرضِ، وعلىٰ التأويلِ الثاني: راجعٌ إلىٰ المُعْتقِ.

قولُه: (**عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: «**ولوْ ماتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا ؛ كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ**»[2].

قولُه: (**وَهَذَا لأنَّ الْعَصَبَةَ مَنْ يَكُون التَّنَاصُرُ بهِ لِبَيْتِ النِّسْبَةِ**)، إشارة إلىٰ قولِه: (**لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ**)، ويُقَالُ للقبيلةِ الواحدةِ: بيْتُ النَّسَبِ.

قولُه: (**وَبِالْمَوْلَى الِانْتِصَارُ عَلَىٰ مَا مَرَّ**)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ في أوَّلِ كتابِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

فَإِنْ ماتَ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ ماتَ الْمُعْتَقُ؛ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَىٰ دُونَ بَنَاتِهِ، لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ بِهَذَا اللَّفْظِ وَرَدَ الحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ....

غاية البيان

الوَلَاءِ بقولِه: (وَكَانَتِ الْعَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ ﷺ تَنَاصُرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعَيْهِ).

وقالَ الإمامُ سِرَاجُ الدِّين ﷺ في «شرحِه لفرائضِه» في بابِ العَصَباتِ: «ثُمَّ عندَ جمهورِ الصحابةِ ـ رضوانُ اللهِ عليهم أجمعينَ ـ الباقي مِنْ سهامِ ذوي الفرضِ إذا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مِنَ العَصباتِ النّسبِيَّةِ أحدٌ يُعْطَىٰ لمولىٰ العَتَاقَةِ، وعنْ عُمَرَ بنِ الخَطَّاب وابنِ مَسْعُودٍ ﷺ: الباقي مِن سهامِ ذوي الفرضِ مردودٌ عليهم، إلَّا إذا كانَ زوجًا أوْ زوجةً، فحينئذٍ لمولىٰ العَتَاقَةِ، والفتوىٰ على الأوَّلِ».

قولُه: (فَإِنْ ماتَ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ ماتَ الْمُعْتَقُ؛ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَىٰ دُونَ بَنَاتِهِ، لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ)، إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

قالَ محمدٌ ﷺ في «الأصلِ»: «ورَدَ الخبرُ عنْ عُمَر، وعَلِيٍّ، وابنِ مَسْعُودٍ، وأُبَيِّ بنِ كعبٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ، وأبي مَسْعُودٍ الأَنْصَارِيِّ، وأسامةَ بنِ زيدٍ ـ رضوانُ اللهِ عليهم ـ قالُوا: ليسَ للنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا مَا أَعْتَقْنَ. وعن إبراهيمَ ﷺ: ليسَ للنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ»[2]، وهذا مذهبُ العامَّةِ وعليه الفتوىٰ.

ورَوَىٰ الإمامُ سِرَاجُ الدِّينِ ﷺ في «شرحِ الفرائضِ»: عن شُرَيْحٍ: أَنَّ كلَّ مَنْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٣].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/١٥٣].

وَفِي آخِرِهِ: «أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ» وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، ....

يَرِثُ الميتَ بفَرْضٍ أوْ تعصِيبٍ؛ يَرِثُ ممَّنْ أعتقَه الميتُ؛ لقوله ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[1].

قولُه: (وَفِي آخِرِهِ «أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ»[2])، أي: وفي آخِرِ الحديثِ.

قالَ صاحبُ [٦/٤٠٨و/م] «الهدايةِ» ﷺ: (وَصُورَةُ الْجَرِّ [قَدَّمْنَاهَا][3])، وأشارَ بهِ إلىٰ قولِه ـ قبلَ هذا قريبًا مِنْ ورقةٍ ـ: (فَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ، وَانْتَقَلَ مِنْ مَوَالِي الْأُمِّ)، يَعْنِي: فيما إذا ولدَتِ المُعْتَقَةُ لأكثرَ منْ ستَّةِ أشهرٍ، ويثْبُتُ ولاءُ الولدِ مِن مواليها، ثُمَّ أُعْتِقَ الأبُ؛ جرَّ الوَلَاءِ، أمَّا إذا ولدَتْ [٢/٥٦٦ظ] لأقلَّ منْ ستَّةِ أشهرٍ؛ فلَا ينْتَقِلُ الوَلَاءُ بإعتاقِ الأبِ أبدًا، وقدْ مَرَّ بيانُه.

وصورةُ جَرِّ ولاءِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ: امرأةٌ اشترتْ عبدًا فأعتقَتْه، ثُمَّ هوَ اشترىٰ عبدًا، فتزوَّجَ بإذْنِ مولاه مُعْتَقَةَ قومٍ، فولدَتْ ولدًا لأكثرَ منْ ستَّةٍ بعدَ عِتْقِها؛ كانَ ولاءُ الولدِ لمواليها؛ لتعذُّرِ إثباتِه مِنَ الأبِ، فإذا أُعْتِقَ الأبُ بعدَ ذلكَ جرَّ ولاءَ الولدِ إلىٰ نفسِه، ثُمَّ جرَّه مُعْتِقُه، وهوَ مُعْتِقُ المرأةِ إلىٰ نفسِه، ثُمَّ جرَّتْه المرأةُ المُعْتِقَةُ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) قال ابنُ التركماني: «لَمْ أرَه»، وقال الزيلعي: «غريب»، وقال عبد القادر القرشي: «لَمْ أرَه مرفوعًا»، وقال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث منكر لا أصل له، وجعلَه البيهقيُّ قولَ عُمَر وعليّ وابن مسعود وزيد بن ثابت ﷺ». وقال ابنُ حجر: «لَمْ أجده هكذا»، وقال العيني: «هذا لَمْ يَثْبُت عن النبي ﷺ». ينظر: «التنبيه علىٰ أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١٣١/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، أو [ق٩٤/ب/ مخطوط المكتبة الوطنية بباريس/ (رقم الحفظ: ٩٢٤)]، و«العناية في تخريج أحاديث الهداية» لعبد القادر القرشي [ق١٦١/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٨٨)]، و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٦٤٣]. و«نصب الراية» للزيلعي [٤/٢٠٣]، و«الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٥]، و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [١١/٢٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: في الأصل و«م»: «قد بيناها»، والمثبت من نسخ الهداية.

وَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ فِي الْمُعْتَقِ مِنْ جِهَتِهَا، فَيُنْسَبُ بالولاء إِلَيْهَا، ويُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَىٰ مَوْلَاهَا، بخلافِ النَّسَبِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النِّسْبَةِ فِيهِ الْفِرَاشُ، وَصَاحِبُ الْفِرَاشِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوْجُ، وَالْمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ لَا مَالِكَةٌ،

غاية البيان

إلىٰ نفسِها، فالأبُ يَجرُّ الوَلَاءَ بالاتفاقِ، وفي الجَدِّ اختلافٌ ذكَرْناه قَبْلَ هذا، والخلافُ في الجَدِّ مِن قِبَلِ الأبِ.

وأمَّا الجَدُّ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ: فلَا يَجرُّ بالإجماعِ. كذا ذكَرَه الإمامُ سِرَاجُ الدِّينِ رحمه الله في «شرحِ فرائضِه».

قولُه: (وَلِأَنَّ[1] ثُبُوتَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ [فِي الْمُعْتَقِ][2] مِنْ جِهَتِهَا[3]، فَيُنْسَبُ بالولاء إِلَيْهَا، ويُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إلىٰ مَوْلَاهَا، بخلافِ النَّسَبِ)، هذا دليلٌ ثانٍ عقْلِيٌّ علىٰ أن ليسَ للنساءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا ما أعتقْنَ، أوْ أعتَقَ مَنْ أعتقْنَ.

بيانُه: أنَّ بالعتقِ تَحصُلُ القوةُ والمالكيةُ في العبدِ مِن جهةِ مُعْتِقِه، فإذا كانَ المُعْتِقُ هيَ المرأةُ؛ يُنْسَبُ مَن أعتقَتْه المرأةُ، ومَن أعتقَه مَن أعتقَتْه المرأةُ إليها بالولاءِ، حيثُ يُقالُ: مُعْتَقُ فلانةٍ، ومُعْتَقُ مُعْتَقِ فلانةٍ، فإذا ثبتَ نِسْبتُهما إلىٰ المرأةِ بالولاءِ وَرِثَتْهما.

وليسَ نسبةُ الوَلَاءِ كنِسْبةِ النَّسَبِ؛ لأنَّ الوَلَاءَ يثْبُتُ ممَّنْ أعتَقَه ذكرًا كانَ أو أنثىٰ، ونسبُ الولدِ لَا يثْبُتُ منَ المرأةِ، بلْ يثْبُتُ مِنَ الرَّجُلِ؛ لأنَّ نسبَ الولدِ لمنْ لهُ الفِرَاشُ وهوَ الزوجُ؛ لأنَّه مالكٌ لبُضْعِ المرأةِ وصاحبُ الفِرَاشِ، والمرأةُ مملوكةٌ لَا مالكةٌ، ونسَبُ الولدِ باعتبارِ الفِرَاشِ، فظهَرَ الفرْقُ.

(١) وقع بالأصل: «وَكَانَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «جِهَتِهِمَا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَيسَ حُكْمُ مِيراثِ الْمُعْتق مَقصُورًا عَلَى بَنِي الْمَوْلَى، بَلْ هوَ لِعَصَبَتِهِ، الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يُورَّثُ وَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ يَكُونُ النُّصْرَةَ بِهِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبًا وَابْنًا فَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﵀؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ لِلْجِدِّ دُونَ الْأَخِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فِي الْعُصُوبَةِ عِنْدَهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ الْمُعْتَقِ مَقصُورًا عَلَى بَنِي الْمَوْلَى، بلْ هوَ لِعَصَبَتِهِ، الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ)، ذكرَ هذا تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

وإنَّما كانَ المِيرَاثُ للعَصَبةِ الأقربِ فالأقربِ؛ لقولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِلْكُبْرِ[(١)]»[(٢)]، ولأنَّ الوَلَاءَ لَا يُورَثُ، فلوْ كانَ بالإرثِ؛ لكانَ الذكَرُ والأنثى مِنْ أولادِ المُعْتقِ سواءً، ولكنِ الوَلَاءُ باعتبارِ النُّصْرَةِ، والنُّصْرَةُ بالذكُورِ لَا بالإناثِ لضَعْفِ [٦/٤٠٨ظ/م] بِنْيَتِهِنَّ، فيَخْلُفُ المولى الذي أعتقَ العبدَ في الوَلَاءِ مَن تتحقَّقُ النُّصْرَةُ به، فكانَ الوَلَاءُ للذكورِ لَا للإناثِ.

ولهذا إذا أعتقَتِ المرأةُ عبدًا، فماتَتْ[(٣)] وتركَتْ أباها وابنها؛ كانَ الإرثُ كلُّه للابنِ، ولا شيءَ للأبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمد ﵀؛ لأنَّ الابنَ أقربُ العَصباتِ، والوَلَاءُ بالعُصوبةِ، ولا تَظْهَرُ عُصوبةُ الأبِ معَ الابنِ.

وقالَ أبو يوسفَ ﵀ آخِرًا: لأبيها سُدسُ المِيرَاثِ، والباقي للابنِ. كذا ذكَر الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «الكافي»[(٤)]؛ لأنَّ الأبَ عَصَبَةٌ، والابنُ عَصَبَةٌ، فقد استوَيَا في العُصوبةِ، ولكنْ أحدُهما أقوى، والقوةُ تُؤَثِّرُ في التفضيلِ، لَا في الأصلِ الاستحقاق.

---

(١) أي: لأكبر أولاد المُعْتق. والمرادُ: أقربهم نَسَبًا، لا أكبَرهم سِنًّا، كالأب مع ابن الابن. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) أخرجه: الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» [٨/٤١٨]. عن عبد الله بن بُرَيدة عن أبيه ﵁ به مرفوعًا.

(٣) وقع بالأصل: «فمات». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

وَكَذَا الْوَلَاءُ لِابْنِ الْمُعْتَقَةِ حَتَّىٰ يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّ عَقْلَ جِنَايَةِ الْمُعْتَقِ عَلَىٰ أَخِيهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا .

ولَوْ تَرَكَ الْمَوْلَىٰ ابْنًا ، وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ ؛ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ ؛ لأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكُبْرِ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ مِنْهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهِمْ ﷺ ، وَمَعْنَاهُ الْقُرْبُ عَلَىٰ مَا قَالُوا ، وَالصُّلْبِي أَقْرَبُ .

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ تركَ جَدَّ مولاه، وهوَ أبو أبيه، وأخا مولاه لأبيه وأُمِّه أوْ لأبيه ؛ فإنَّ ميراثَه للجَدِّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ؛ لأنَّه لَا يُوَرِّثُ الإخوةَ والأخواتِ مع الجَدِّ.

وعندَهما: بينهما نصفَيْنِ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُقاسِمُ الإخوةَ كأحدِهم»[١].

قولُه: (وَكَذَا الْوَلَاءُ لِابْنِ الْمُعْتَقَةِ حَتَّىٰ يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً)، يَعْنِي: إذا ماتَ العبدُ المُعْتَقُ وتركَ ابنَ المُعْتَقَة وأخاها ؛ كانَ الولدُ[٢] لابنِ المُعْتَقةِ ؛ لأنَّه أقربُ العَصَباتِ، ولكنْ عَقْلُ جنايةِ المُعْتَقِ علىٰ الأخِ ؛ لأنَّ الأخَ مِنْ قومِ أبيها، والأصلُ في [٢/٥٦٧و] العقلِ: قومُ الأبِ، وابنُها لَا يُنْسَبُ إلىٰ قومِ أبيها، بلْ يُنْسَبُ إلىٰ قومِ زَوْجِها.

قولُه: (ولَوْ تَرَكَ الْمَوْلَىٰ ابْنًا، وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ ؛ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ ؛ لأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكُبْرِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[٣].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (مَعْنَاهُ: بَنِي ابْنٍ آخَرَ) ؛ لأنَّه لَا يُشْكِلُ أنَّ المِيرَاثَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٥٨].

(٢) وقع بالأصل: «الولد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٨٣].

....

غاية البيان

للابنِ إذا كانَ البَنُونَ بني ذلكَ الابنِ.

قالَ محمدُ بْنُ الحسنِ ﷺ في أوَّلِ كتابِ «الوَلَاءِ»: «ورَدَ الخبرُ عنْ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ، وعَلِيِّ بنِ أبي طالبٍ، وعبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ، وأُبَيِّ بنِ كعبٍ، وأبي مَسْعُودٍ الأَنْصَارِيِّ، وأسامةَ - رَضِيَ اللهُ عَنهُمْ أجمَعِين - أنَّهم قالُوا: «الوَلَاء لِلْكُبْرِ»[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وأرادَ بالكُبْرِ: القُرْبَ؛ لأنَّ الأكبرَ مِنَ الأولادِ يَكُونُ وجودُه أقربَ إلىٰ وجودِ الأبِ مِنْ غيرِه، فكَنَوْا به عنه».

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ ﷺ»: «وقولُهم: «الوَلَاءُ لِلْكُبْرِ»، خرَجَ علىٰ المعتادِ، وهوَ أنَّ الابنَ يَكُونُ أكبرَ مِنَ ابنِ الابنِ في أكثرِ الأحوالِ، وإن كانَ في حالةٍ قدْ يَكُونُ ابنُ الابنِ أكبرَ مِنْ عمِّه»[2].

وقالَ في «المغربِ»: «المرادُ: أقربُ الأولادِ نسبًا لَا [٦/٤٠٩و/م] أكبرُهم سِنًّا»[3].

وقالَ في «الفائقِ» «في حديثِ النبيِّ ﷺ: ماتَ رَجُلٌ مِنْ خُزَاعَةَ أوْ مِنَ الأَزْدِ، ولم يَدَعْ وارثًا، فقالَ: «ادْفَعُوهُ إلىٰ أَكْبَرِ خُزَاعَةَ»[4]، أي: ادفعوا مالَه إلىٰ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٦/٣٥٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٣].

(٣) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٢٠٤].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الفرائض/ باب في ميراث ذوي الأرحام [رقم/٢٩٠٣]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب الفرائض/ توريث ذوي الأرحام دون الموالي [رقم/٦٣٩٥]، وأحمد في «المسند» [٥/٣٤٧]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/٨١٢]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٢٤٣]، من حديث بُرَيْدَةَ الأَسْلَمِيِّ ﷺ به. =

....

أكبرِهم، وهوَ أقربُهم إلىٰ الجَدِّ الأولِ، ولَمْ يُرِدْ كِبَرَ السِّنِّ»[١].

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «قال شُرَيْحٌ: الوَلَاءُ بمنزلةِ المالِ يُورَثُ عنه، كما تُورَثُ عنه أموالُه، وأبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمدٌ ﵏: لَا يقولونَ بالإرثِ، بلْ يثْبُتُ لهم ابتداءً، هوَ يَقُولُ: هذا حقٌّ ثبتَ للميتِ في حالِ حياتِه، فيُورَثُ عنه كسائرِ الحقوقِ».

ولنا: قولُه ﷺ: «**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ**»[٢].

وقالَ الحاكمُ ﵀ في «الكافي»: «وتفسيرُه عندَهم ـ أي: تفسيرُ قولِه ﷺ: «**الوَلَاء لِلْكُبْرِ**»[٣] ـ رَجُلٌ أعتقَ عبدًا ثُمَّ ماتَ وتركَ ابنيْنِ، ثُمَّ ماتَ أحدُ الابنيْنِ وترَكَ ابنًا، ثُمَّ ماتَ المُعْتَقُ؛ فميراثُه لابنِ المُعْتِقِ لصُلْبِه دونَ ابنِ ابنِه، وكذلكَ القولُ في كلِّ عَصَبَةٍ علىٰ هذا القياسِ في أنَّ الوَلَاءَ لِلْكُبْرِ منهم ذلكَ الوقت»[٤].

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ ماتَ وتركَ خمسةً: بنِي ابنِ المُعْتِقِ، وابنَ ابنِ المُعْتِقِ منْ آخرَ؛ فالميراثُ أسداسًا؛ لأنَّهم يَرِثونَ بالعُصوبةِ، وعُصوبتُهم بالسويَّةِ»[٥].

= قال النسائي: «الحديث منكر». ينظر: «تحفة الأشراف» للمزي [٧٩/٢]. و«إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [١٣٧/٢].

(١) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢٤٤/٣].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٨].

فَصْــلٌ
فِي وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ

قَالَ: وَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَىٰ يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَىٰ أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ، أَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ؛ فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ، وَعَقْلُهُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ؛ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَىٰ.

غاية البيان

قَوْلُهُ:

فَصْــلٌ
فِي وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ

أَخَّرَ ذِكْرَ ولاءِ المُوَالَاةِ عن ذِكْرِ ولاءِ العَتَاقَةِ؛ لأنَّ ولاءَ العَتَاقَةِ أقوىٰ لثبوتِه بالإجماعِ؛ وفي ولاءِ المُوَالَاةِ خلافٌ، ولأنَّ ولاءَ العَتَاقَةِ لَا يقْبَلُ الفَسْخَ، وولاءُ المُوَالَاةِ يقْبَلُه[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَىٰ يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَىٰ أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ، أَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ؛ فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ، وَعَقْلُهُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ؛ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[2].

وإنَّما قالَ: (وَوَالَاهُ)؛ لأنَّ بمجرَّدِ الإسلامِ لَا يثْبُتُ الوَلَاءُ ما لم يعْقِدْ عَقْدَ المُوَالَاةِ، وهذا مذهبُ أصحابِنا، والشَّعْبِيِّ، ومالك[3]، والشَّافِعِيِّ[4]، والثَّوْرِيِّ ﷺ.

---

(١) قال الأَسْبِيْجَابيُّ في «زاد الفقهاء» [ق/١٩٠]: اعلم بأن ولاء الموالاة يصح بشرائط منها:
١ ـ أن يكون المولىٰ من غير العرب. ٢ ـ وأن لا يكون معتقاً. ٣ ـ وأن يشترط الميراث والعقل. ٤ ـ وأن يكون لم يعقل من غيره.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٣].

(٣) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [١٠٤٤/٢]. و«التلقين» للقاضي عبد الوهاب [٢٠٤/٢]، و«القوانين الفقهية» لابن جزي [ص/٢٤٩].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٢٧١/٥]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٨٤/١٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٠/١٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْمُوَالَاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ بَيْتِ الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يُكِنْ لِلْمُوصِي وَارِثًا لِحَقِّ بَيْتَ الْمَالِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ.

غاية البيان

وعندَ عُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ، وسعيدِ بنِ المُسَيِّبِ، والليثِ بنِ سعدٍ ﷺ: يَثْبُتُ الوَلَاءُ بمجردِ الإسلامِ على يَدَيْ رَجُلٍ(١). كذا ذَكَرَ الإمامُ سِرَاجُ الدِّينِ أبو طاهرٍ محمدُ بنُ عبدِ الرشيدِ السَّجَاوَنْدِيُّ في أوائلِ «شرحِ فرائضِه».

وَجْهُ قولِهم: ما رَوَى التِّرمِذِيُّ في «جامعِه»: بإسنادِه [٢/٥٦٧ظ] إلى تَمِيمٍ الدَّارِيِّ قالَ: سَأَلْتُ رَسُولَ [٦/٤٠٩ظ/م] اللهِ ﷺ: مَا السُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَيْ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**هُوَ أَوْلَى [النَّاسِ](٢) بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ**»(٣).

ولنا: أنَّ عَقْدَ المُوَالَاةِ شرطٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣].

وقيلَ: حديثُ تَمِيمٍ الدَّارِيِّ كانَ في بَدْءِ الإسلامِ؛ لأنَّهم كانوا يتوارَثون بالإسلامِ والنُّصْرَةِ، ثُمَّ نُسِخَ ذلكَ، ولأنَّ الناسَ كانوا يُوَالُون على عهْدِ الصحابةِ،

(١) كذا أورده العيني في «البناية شرح الهداية» [١١/٣٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٤/١٠٢]، وأبو داود في كتاب الفرائض/ باب في الرجل يسلم على يدي الرجل [رقم/٢٩١٨]، والترمذي في كتاب الفرائض عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل [رقم/٢١١٢]، وابن ماجه في كتاب الفرائض/ باب الرجل يسلم على يدي الرجل [رقم/٢٧٥٢]، وغيرهم من حديث: تَمِيمٍ الدَّارِيِّ ﷺ به. واللفظ للترمذي. قال ابن حجر: «قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت... وقال الخطابي: ضعَّفَ أحمدُ هذا الحديثَ». ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [١٢/٤٦]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» له [٢/١٩٥ - ١٩٦].

وَلَنَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] وَالآيَةُ فِي المُوَالَاةِ. [١٣٧/و]

غاية البيان

ولم يُرْوَ عنْ أحدٍ منهم أنَّه أخذَ المِيرَاثَ بنَفْسِ الإسلامِ.

وصورةُ **عَقْدِ الوَلَاءِ**: ما قالَ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»: «وهوَ أنْ يَقُولَ: أنتَ مولاي، جنايتي عليك، وجنايتُك عليَّ، وميراثي لك إنْ مِتُّ، فإذا ماتَ؛ كانَ ميراثُه للأعلى إنْ لَمْ يَكُنْ لهُ وارثٌ، ولا يَرِثُ الأسفلُ مِنَ الأعلى، إلَّا إذا شرطَ مِيرَاثَ الأعلى لنفسِه.

ومَن أسلَم على يدِ رَجُلٍ فبنَفْسِ الإسلامِ لَا يَنْعَقِدُ لهُ الوَلَاءُ، ولهُ أنْ يُوَالِيَ مَن شاءَ، إنْ شاءَ والَى مع الذي أسلمَ على يديه، وإنْ شاءَ والَى مع غيرِه، وله أنْ يتحوَّلَ بولائِه إلى غيرِه ما لم يعْقِلْ عنه، فإذا عقَلَ عنه فبعْدَ ذلكَ ليسَ لهُ أنْ يُوَالِيَ غيرَه، إلَّا إذا كانَ أبوه في دارِ الحربِ فسُبِيَ فأعتَقَه مولاه؛ يثْبُت ولاؤُه مِن مُعْتِقِه، ويَجُرُّ ولاءَ الولدِ إلى نفسِه.

واللقيطُ حُرٌّ، وجنايتُه على بيتِ المالِ، وميراثُه لبيتِ المالِ، فإذا أدركَ؛ كانَ لهُ أنْ يُوَالِيَ مع مَن شاءَ إلَّا إذا عقلَ عنه بيتُ المالِ، فليسَ لهُ أنْ يُوَالِيَ أحدًا»[١]. كذا في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ** ﷺ».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابِيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «الوَلَاءُ أنْ يَقُولَ له: إني رَجُلٌ غريبٌ ليسَ لي عشيرةٌ ولا ناصرٌ، فأنضَمُّ إليكَ وإلى عشيرتِك، حتى أُعَدَّ مِن جُمْلتِك، فتنْصُرني وتتحَمَّل عني نوائِبي، وإنْ مِتُّ كانَ ميراثي لكَ، فيقْبَلُ منه؛ فيَنْعَقِدُ بينهما عَقْدُ موالاةٍ، ويكونُ بمنزلةِ المُوصَى لهُ بجميعِ المالِ يَنْفُذُ إيصاؤُه إذا لَمْ يَكُنْ لهُ وارِثٌ، وهذا جائزٌ عندَنا».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٥٨].

....

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: ولاءُ المُوَالَاةِ باطلٌ[١].

له: أنَّ سببَ الإرثِ الفرْضُ، أوِ التعْصِيبُ، وولاءُ المُوَالَاةِ ليسَ هذا ولا ذاكَ، فلَا يَجِبُ بِهِ الإرثُ والعقْلُ، ولأنَّ فيه إبطالَ حقِّ بيتِ المالِ، فلَا يَصِحُّ، ولهذا لَا يَصِحُّ عندَه الإيصاءُ بجميعِ المالِ إذا لَمْ يَكُنْ وارثٌ أصلًا؛ لئَلَّا يَلْزَمَ إبطالُ حقِّ بيتِ المالِ، وإنَّما يَصِحُّ في الثلثِ.

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]. قرأَ عاصمٌ وحمزةُ والكِسَائِيُّ: ﴿عَقَدَتْ﴾ بالتخفيفِ بغيرِ ألفٍ، وقرأَ ابنُ كثيرٍ ونافعٌ وأبو عَمْروٍ وابنُ [٦/٤١٠و/م] عامرٍ: ﴿عَاقَدَتْ﴾ بألفٍ[٢]، ﴿وَٱلَّذِينَ﴾: مبتدأٌ فيه معنىٰ الشرطِ، فلهذا وقَعَ خبرُه معَ الفاءِ، وهوَ قولُه: ﴿فَـَٔاتُوهُمْ﴾.

قالَ في «التيسيرِ»: «تقديرُه: والذينَ عقدَتْ لكم أيمانُكم، وهيَ عَقْدُ المُوَالَاةِ، وهيَ مشروعةٌ، والوِرَاثةُ بها ثابتةٌ عندَ عامَّةِ الصحابةِ والعلماءِ ﷺ، وهوَ قولُنا»، هذا لَفْظُه.

وقيلَ: إنَّه منسوخٌ، نُسِخَ بقولِه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

ورَوَىٰ محمدٌ في «الأصلِ»: عن مَسْرُوقٍ ﷺ: أَنَّ رَجُلًا مِن أَهْلِ الأَزْدِ وَالَىٰ ابْنَ عَمٍّ لَهُ، وَأَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِه، فَمَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، فَسَأَلَ ابْنَ مَسْعُودٍ عَنْ مِيرَاثِهِ،

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١١٩/٨]، و«بحر المذهب» للروياني [٤٤٢/٧].

(٢) قال الأزهري: «قرأ الكوفيون: «عَقَدَتْ». بغير ألف. وقرأ الباقون: «عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ». بألف. وهما لغتان: عقَدَ يَعْقِد. وعاقِد يُعاقِد، وقد قرأ بهما القُرَّاء، وفيها لغة ثالثة: أخبرني المنذري عن ابن اليزيدي عن أبي زيد قال: وقرأ بعضُهم: «عقَّدَت». بتشديد القاف، والمعنىٰ في جميعها: التوكيد لليمين». ينظر: «معاني القراءات» للأزهري [٣٠٦/١].

وَسُئِلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالَاهُ فَقَالَ: «هُوَ

فقالَ: «هُوَ لِمَوْلَاهُ»[(١)].

وعنْ أبي الأشعثِ[(٢)] ﷺ: أنَّه سُئِلَ عُمَرُ بنُ الخَطَّابِ عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدَيْهِ وَوَالَاهُ، فَمَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، فَقَال عُمَرُ ﷺ: مِيرَاثُهُ لَكَ، فَإِنْ أَبَيْتَ فَلِبَيْتِ الْمَالِ»[(٣)]، وهذا كلُّه يَدُلُّ علىٰ صحَّةِ عَقْدِ المُوَالَاةِ، ولأنَّ مالَ الإنسانِ له، إلَّا أنَّ الشَّرْعَ خصَّ الورثةَ [٢/٥٦٨و] بعدَ استغنائِه عنه، فإذا لَمْ يَكُنْ لهُ ورثةٌ؛ كانَ المعتبرُ تخصيصَه؛ لأنَّه أحقُّ بالتصرُّفِ في مالِه.

والجوابُ عن قولِه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾.

فنَقُولُ: إنَّه لَا يقْتَضِي نسْخَ قولِه تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾؛ لأنَّ الأولَوِيَّةَ تدلُّ علىٰ التفضيلِ لَا علىٰ النسخِ، ونحنُ نَقُولُ بمُوجبِ ذلكَ، حيثُ لَا يَرِثُ مولىٰ المُوَالَاةِ معَ وجودِ ذوي الأرحامِ.

وقولُه: «فيه إبطالُ حقِّ بيتِ المالِ»، فلَا نُسَلِّمُ ذلكَ؛ لأنَّ المستحقِّينَ لمالِ بيتِ المالِ مجهولٌ أعيانُهم، والمجهولُ لَا يَصْلُحُ مُسْتحقًّا، وإنَّما يُصْرَفُ المالُ إلىٰ بيتِ المالِ لضرورةِ عدمِ المُسْتَحقِّ؛ لأنَّ بعضَ الناسِ ليسَ بأَوْلىٰ مِنَ البعضِ، فصارَ كلُّ المسلمينَ سواءً؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم قريبُه مِن حيثُ الإسلامُ، فيُصْرَفُ ذلكَ إلىٰ نفقةِ المرضىٰ وأدْوِيتِهم إذا كانوا فقراءَ، وإلىٰ أكفانِ الموتىٰ[(٤)] الذين لَا مالَ لهم، وإلىٰ نفَقةِ اللَّقِيطِ، وعَقْلِ جنايتِه، وإلىٰ نفقةِ العاجزِ عنِ الكسْبِ إذا لَمْ يَكُنْ لهُ مَن يُقْضَىٰ بنفقتِه عليه.

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/١٨٤ - ١٨٥].

(٢) عند محمد في الطبعتين: «عن أشعث بن سوار»! وهو تحريف. وقد وقع على الصواب في: «المبسوط» للسرخسي [٥/١٩٢].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٤/١٨٤ - ١٨٥].

(٤) وقع بالأصل: «المولى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتُهُ» وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى الْعَقْلِ وَالْإِرْثِ فِي الْحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، وَلِأَنَّ مَالَهُ حَقُّهُ فَيَصْرِفُهُ إِلَىٰ حَيْثُ يَشَاءُ، وَالصَّرْفُ إِلَىٰ بَيْتِ الْمَالِ ضَرُورَةُ عَدَمِ الْمُسْتَحِقِّ لَا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ.

قَالَ: وَإِنْ كانَ لهُ وَارِثٌ؛ فهوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةً أَوْ خَالَةً أَوْ

غاية البيان

وفيما نحنُ فيه: المُسْتَحِقُّ موجودٌ، وهوَ مولىٰ المُوَالَاةِ بالآيةِ والأخبارِ، فلَا يَلْزَمُ إبطالُ حقِّ بيتِ المالِ.

ولَا يُقَالُ: إنَّ النبيَّ ﷺ قالَ: «**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[1]، فيُفْهَم مِن ذلكَ: أنَّ ولاءَ المُوَالَاةِ باطلٌ؛ لأنَّه لَا مُعْتَقَ له.

لِأَنَّا نَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ ذلكَ؛ لأنَّ تخصيصَ الشيءِ بالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ علىٰ نَفْيِ ما عَدَاه، وقدْ حقَّقْناه في كتابِنا الموسومِ بـ«**التبْيِينِ**»[2].

قولُه: (**فِي الْحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ**)، أرادَ بهما: العقْلَ والإِرْثَ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِنْ كانَ لهُ وَارِثٌ؛ فهوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «**مختصرِه**»[3]، وذلكَ لأنَّ الاستحقاقَ بِالقَرَابَةِ أقوىٰ مِنَ الاستحقاقِ بولاءِ المُوَالَاةِ، وإنْ كانَ القريبُ [٦/١٠٤ظ/م] مِن ذوي الأرحامِ، كالعمَّةِ والخالَةِ ونحوِهما، فكانَ القريبُ أَوْلَىٰ مِنَ المولىٰ؛ لأنَّ استحقاقَ المولىٰ بالشرطِ، وشرْطُهما لَا يعْدُوهما؛ لأنَّ الشَّرْعَ أثبتَ استحقاقَ القريبِ، فهما لَا يَمْلِكانِ إبطالَ ذلكَ.

قالَ صاحبُ «الهداية» ﵀: (**وَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الْإِرْثِ وَالْعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ**)، أشارَ بهِ إلىٰ ما ذكرَه القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**» قبْلَ هذا.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «التَّبيين شرح الأخسيكثيّ» للمؤلف [١/٣٤٤ ـ ٣٤٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨٣].

غَيْرَهُمَا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ؛ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ عَقْدُهُمَا فَلَا يُلْزَمُ غَيْرُهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الْإِرْثِ وَالْعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ بِالِالْتِزَامِ

وإذا أسلَمَ الرَّجُلُ على يدِ رَجُلٍ ووَالاه على أنْ يرِثَه ويعْقِلَ عنه.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصرِ الكافي»: «قالَ إبراهيمُ النَّخَعِيُّ ﷺ: إذا أسلمَ الرَّجُلُ على يدِ رَجُلٍ ووالاه؛ فإنه يَرِثُه ويعْقِلُ عنه، وله أنْ يَتَحوَّلَ بولائِه إلى غيرِه ما لم يعْقِلْ عنه، فإذا عقَلَ عنه؛ لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يتحَوَّلَ إلى غيرِه، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ومحمد ﷺ». هذا لفظُ الحاكمِ بعَيْنِه[1].

وهذا يَدُلُّ على أنَّ شَرْطَ الإرثِ والعقلِ ليسَ بموقوفٍ عليه صحةُ المُوَالَاةِ، بلْ مجرّدُ العقدِ كافٍ بأنْ يَقُولَ أحدُهما: وَالَيْتُك. والآخرُ: قبِلْتُ؛ لأنَّ الحاكمَ لم يذْكُرِ الإرثَ والعقلَ شرطًا لصحَّةِ المُوَالَاةِ، بلْ جعَلَهما حُكْمًا لها بعدَ صحتِها، فافهمْ[2].

ويدلُّ على ما قلْنا: قولُ القُدُورِيِّ أيضًا في «مختصرِه» بقولِه: «أوْ أسلَم على يدِ غيرِه ووَالاه»[3].

يُوضِّحُه: قولُ صاحبِ «التحفةِ» بقولِه: «وتفسيرُ عَقْدِ المُوَالَاةِ: أنَّ مَنْ أسلَم على يدِ رَجُلٍ، وقالَ له: أنتَ مولاي تَرِثُني إذا مِتُّ، وتعْقِلُ عني إذا جنَيْتُ، وقالَ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

(٢) أشترط في «البدائع» ذكر الإرث والعقل في العقد. وقال قاضي زاده: من شرائطه شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف - يعني صاحب الهداية - فيما بعد حيث قال: ولا بد من شرط الإرث والعقل؛ كما ذكر في «الكتاب»، وصرح به في «الكافي» أيضًا حيث قال: وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط: منها: أن يشترط الميراث والعقل، وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال: وله شرائط، وعد منها أن يشترط الإرث والعقل.. ثم رد على الأتقاني. ينظر: «بدائع الصنائع» [١٧٠/٤]، «تكملة فتح القدير» [٢٢٩/٩]، «رد المحتار» [١٢٦/٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٣].

وَهُوَ بِالشَّرْطِ، وَمِنْ شَرْطِهِ أَلَّا يَكُون الْمَوْلَى مِنَ العَرَبِ؛ لِأَنَّ تَنَاصُرَهُم بِالقَبَائِلِ فَأَغْنَى عَنِ المُوَالَاةِ.

قَالَ: وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ

الآخرُ: قبِلْتُ؛ فيَنْعَقِدُ بينهما عَقْدُ المُوَالَاةِ، وكذلكَ إذا قالَ: والَيْتُك. وقالَ الآخر: قبِلْتُ، وكذا إذا عقَدَ مع رَجُلٍ غيرِ الذي أسلَمَ على يديه»[1]. إلى هنا لفظُ «التحفةِ».

قولُه: (وَمِنْ شَرْطِهِ أَلَّا يَكُونَ الْمَوْلَى مِنَ العَرَبِ)، أي: مِن شَرْطِ صحَّةِ عَقْدِ المُوَالَاةِ: ألَّا يكُونَ المولى الأسفلُ عربيًّا، وإنَّما ذكرَ هذا تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ رحمه الله.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصرِ الكافي»: «ولوْ أسلَمَ [٢/٥٦٨ظ] رَجُلٌ مِن نصارى العربِ على يدِ رَجُلٍ مِن غيرِ قَبيلتِه ووَالَاه؛ لَمْ يَكُنْ مولاه، ولكنَّه يُنْسَبُ إلى عَشيرتِه، وهم يعْقِلونَ عنه ويَرِثونَه، وكذلكَ المرأةُ»[2]. إلى هنا لفظُ «الكافي»، وذلكَ لأنَّ الوَلَاءَ إنَّما يثْبُتُ في حقِّ العجمِيِّ الذي لَا عشيرةَ له، فأمَّا مَن كانَ لهُ عشيرةٌ؛ فإنهم يقُومون بمَصَالحِه، فلَا حاجةَ إلى الوَلَاءِ، ومِنْ شَرْطَ المُوَالَاةَ أيضًا: ألَّا يَكُونَ لهُ نسَبٌ، وألَّا يَكُونَ لهُ مُعْتِقٌ، وقدْ ذكَرْناه في أوَّلِ كتابِ الوَلَاءِ.

وقالَ في «التحفةِ»: «وشَرْطُ صحَّةِ عَقْدِ المُوَالَاةِ: ألَّا يَكُونَ للعاقدِ وارِثٌ مسلمٌ»[3]، وهذا يشْمَلُ جميعَ الشروطِ؛ لأنَّه إذا كانَ عربيًّا؛ كانَ لهُ وارِثٌ مُسْلمٌ، وكذا إذا كانَ لهُ نسَبٌ، وكذا إذا كانَ لهُ مُعْتِقٌ؛ لأنَّ المُعْتَقَ إذا وُجِدَ يَكُونُ وارِثًا؛ لأنَّ مولى العَتَاقَةِ وارِثٌ بالإجماعِ، والغالبُ وجودُ [٦/٤١١و/م] الإسلامِ منه؛ لأنَّ الدارَ دارُ الإسلامِ.

قولُه: (قَالَ: وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ)، أي:

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٨٩].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٣].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٨٩].

غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلْأَعْلَىٰ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلَائِهِ لِعَدَمِ اللُّزُومِ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلَافِ

غاية البيان

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصرِ الكافي»: «رَجُلٌ والَىٰ رَجُلًا، فله أنْ يتحَوَّلَ عنه ما لم يعْقِلْ عنه، ولهُ أنْ ينْقُضَه بحَضْرَتِه، وكذلكَ للرَّجُلِ أنْ يتبَرَّأَ مِن ولائِه أيضًا ما لمْ يعْقِلْ عنه، فإنْ نقَضَ أحدُهما الموالاةَ بغيرِ مَحْضَرٍ مِن صاحبِه؛ لمْ يَنْتَقِضْ إلَّا أنْ يُوَالِيَ الأسفلُ آخرَ، فيَكُون ذلكَ نقْضًا، وإنْ لم يحْضُرْ صاحبُه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ «الكافي».

وقالَ في «التحفةِ»: «فإذا عقلَ عنه لَا يَقْدِرُ أنْ يتحَوَّلَ بالولاءِ إلىٰ غيرِه، وصارَ العقدُ لازمًا إلَّا إذا اتفقا علىٰ النقضِ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ «التحفةِ»، وذلكَ لأنَّ الوَلَاءَ بمنزلةِ الوَصِيَّةِ عندنا يَلْحَقُه الفَسْخُ؛ لأنَّه حقٌّ أوجبَه بفِعْلِه متبَرِّعًا مِنْ غيرِ عِوَضٍ، فكانَ لهُ أنْ يتحَوَّلَ بالولاءِ إلىٰ غيرِه، وكذلكَ كانَ لأحدِهما أنْ يَتبَرَّأَ عنِ الوَلَاءِ، ولكنْ بحَضْرةِ صاحبِه.

والمرادُ مِنَ الحَضْرةِ: العِلْمُ، حتىٰ إذا وُجِدَ العِلْمُ بلَا حضورٍ؛ كانَ كافيًا، وإنَّما اشْتُرِطَ العلمُ؛ لأنَّه لوْ صحَّ التحوُّلُ بلَا عِلْمِ الآخرِ؛ فربَّما يعْقِلُ عنه المولىٰ الأعلىٰ علىٰ حُسْبانِ أنَّه يرثُه، ولا إرثَ له؛ لأنَّه تحوَّلَ بالولاءِ، وفيه ضررٌ، فلَا ضرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلامِ.

بخلافِ ما إذا عقلَ عنه، حيثُ لَا يَصِحُّ التحوُّلُ بالولاءِ؛ لأنَّ العقدَ صارَ لازمًا؛ لأنَّ العقلَ صارَ كالعِوَضِ عنِ الوَلَاءِ، والعِوَضُ يَمْنَعُ الرجوعَ كما في الهِبَةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٨٣].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٣].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٨٩].

مَا إِذَا عَقَدَ الْأَسْفَلُ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ الْعَزْلِ الْحُكْمِيِّ فِي الْوَكَالَةِ.

غاية البيان

وأمَّا إذا والَى الأسفلُ آخرَ؛ يَكُونُ ذلكَ نقضًا للوَلَاءِ الأولِ، وإنْ لم يحضُرْ صاحبُه ما لم يعقلْ عنه؛ لأنَّ الشيءَ قدْ يَنتقِضُ حُكْمًا وإنْ لم يَنتقِضْ قصْدًا، كعَزْلِ الوَكِيلِ قصْدًا لَا يَصِحُّ بدونِ حَضْرةِ الوَكِيلِ، ويَصِحُّ بدونِ حَضْرته حُكْمًا، كما إذا باعَ الْمُوَكِّلُ ما وَكَّلَ وكيلًا ببَيْعِه بلَا عِلْمِ الوَكِيلِ؛ تَنتقِضُ الوَكَالَةُ حُكْمًا؛ لصحَّةِ تصرُّفِ الْمُوَكِّلِ، وإنْ كانَ فيه نوْعُ ضررٍ؛ إذْ لَا وَجْهَ لإبطالِ تصرُّفِه في مِلْكِه، فكذا هنا إذا والَى آخرَ يَبطُلُ ولاءُ الأولِ، وإنْ كانَ فيه نوْعُ ضررٍ حُكْمًا؛ لصحَّةِ موالاتِه معَ الثاني؛ لأنَّه لَا يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ مولًى لاثنيْنِ.

وقالَ **الحاكمُ** ﷺ: «وموالاةُ الصبيِّ باطلٌ، وكذلكَ إنْ والَى رجلٌ عبدًا، إلَّا أنْ يَكُونَ ذلكَ بإذْنِ المولى، فيَكُونُ مولًى له، أوْ يُوَالي الصبيُّ بإذْنِ الأبِ أوِ الوَصِيِّ، فيَكُونُ للصبيِّ»[1]. كذا في «**الكافي**»، وذلكَ لأنَّه تصرُّفٌ دائرٌ بين النفْعِ والضررِ، وهما فيه بمنزلةِ الطفلِ الذي لَا يعقلُ، فلَا بُدَّ مِن إذْنِ المولى أوِ الوليِّ أوِ الوَصِيِّ.

وقالَ في «**التحفةِ**»: «ولوْ كانَ رَجُلانِ ليسَ لهما وارثٌ مسلمٌ، وهما مسْلمانِ في دارِ الإسلامِ، فوالَى أحدُهما صاحبَه، ثُمَّ والاه الآخرُ؛ فعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يَصِيرُ الثاني مولَى الأوَّلِ، ويَبْطُلُ ولاءُ الأولِ.

وعندَهما: كلُّ واحدٍ منهما مَوْلًى لصاحبِه، فهما يقولانِ: إنَّ الجمعَ بين الولاءيْنِ مُمْكِنٌ، فإنَّه يَجُوزُ [٤١١/٦ظ/م] أنْ يَكُونَ شخصانِ كلُّ واحدٍ منهما يَرِثُ مِن صاحبِه ويعقلُ عنه، كالأخوَيْنِ وابْنَي[2] العَمِّ [٥٦٩/٢و]، فلَا يتَضَمَّنُ صحةُ أحدِهما انتقاضَ الآخرِ، بلْ يَثْبُتانِ جميعًا.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٣].

(٢) وقع بالأصل: «وابن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لهُ أَنْ يَتحَوَّلَ بِوَلَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ ، وَلِأَنَّهُ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِوَضٌ نَالَهُ كَالْعِوَضِ فِي الهِبَة ، وَكَذَا لَا يَتحَوَّلُ وَلَدُهُ ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتحَوَّلَ لِأَنَّهُمْ فِي حَقِّ الوَلَاءِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ.

غاية البيان

وأبو حَنِيفَةَ ﷺ يَقُولُ: إنَّ المولىٰ الأسفلَ تابعٌ للمولىٰ الأعلىٰ وقَوْمِه، فالمُعْتِقُ تابعٌ للمُعْتَقِ، فلهذا يَرِثُ الأعلىٰ مِنَ الأسفلِ ويعقلُ عنه، ولا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ التبعُ متبوعًا، والمتبوعُ تبعًا لتَبَعِه، فإذا لَمْ يَجُزِ الجمعُ بينهما؛ يتَضَمَّنُ صحةُ الثاني انتقاضَ الأولِ»(١). ذَكَرْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لهُ أَنْ يَتحَوَّلَ بِوَلَائِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»(٢)، وقدْ مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَكَذَا لَا يَتحَوَّلُ وَلَدُهُ)، ذكرَ هذا تفريعًا، يَعْنِي: إذا عقلَ المولىٰ الأعلىٰ عنِ الأسفلِ لَا يتحَوَّلُ ولدُه إذا كبِرَ بولائِه إلىٰ غيرِه؛ لأنَّ الوَلَاءَ صارَ لازمًا بالعقلِ، فإذا لزمَ في حقِّ الأصلِ؛ لزمَ في حقِّ التبعِ؛ لأنَّ ولاءَ الصغيرِ يثْبُتُ تبعًا لولاءِ والِده، بخلافِ ما إذا كانَ الولدُ كبيرًا؛ لَا يثْبُتُ، لأنَّ الوَلَاءَ عليه بموالاةِ والدِه، بلْ يُشْتَرطُ موالاتُه بنفسِه.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ. يَعْنِي: كما لَا يَجُوزُ التحَوُّلُ بالولاءِ إذا عقلَ عنِ المولىٰ الأسفلِ؛ لَا يَجُوزُ التحوُّلُ أيضًا إذا عقلَ عنْ ولدِه.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصرِ الكافي»: «فإنْ كانَ المولىٰ قد عقلَ عنه، أو عنِ ابنِه، أو عنْ أحدٍ مِنْ إخوتِه؛ لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يتحَوَّلَ، وذلكَ لأنَّهم في

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٩٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٣].

قَالَ: وليسَ لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لَا يَظْهَرُ الأَدْنَى.

غاية البيان

حقِّ الوَلَاءِ كشخصٍ واحدٍ، والعقلُ عنْ أحدِهم كالعقلِ عنِ الباقينَ، فيتأكَّدُ الوَلَاءُ ولا يَجُوزُ التحوُّلُ»[1].

قولُه: (قَالَ: وليسَ لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2]، وذلكَ لأنَّ ولاءَ العَتَاقَةِ آكدُ؛ لأنَّه لَا يَحْتَمِلُ النقْضَ، والأدنى لَا يَظْهَرُ معَ الأقوى، أَلَا ترى أنْ لوْ كانَ ولاءُ العَتَاقَةِ وولاءُ المُوَالَاةِ في شخصَيْنِ؛ قُدِّمَ ولاءُ العَتَاقَةِ في المِيرَاثِ، فدلَّ أنَّه لَا يثْبُتُ لهُ حُكْمٌ مع وجودِ ولاءِ العَتَاقَةِ[3]. كذا في «شرحِ الأقطعِ» رحمه الله، بخلافِ ما إذا لَمْ يَكُنْ لهُ ولاءٌ، فحينئذٍ يُوالِي مَن شاءَ مِنَ الأحرارِ.

والله تعالى أعلمُ.

تَمَّ الجزء الثاني مِن شرْحِ الهدايةِ: «غايةِ البيانِ» مِنْ تجْزئةِ ثلاثةِ أجزاءٍ بحمدِ اللهِ تعالى وعَوْنِه وحُسْنِ توفيقِه، على يدِ العبدِ الفقيرِ إلى ربِّه القديرِ، المُعْتَرِفِ بالعَجْزِ والتقصيرِ: عُمَرَ بنِ محمدِ بنِ عُمَرَ الشافعِيِّ، سِبْطِ العلَّامةِ شرفِ الدِّينِ موسى الطُّخَيْخِيِّ المالِكِيِّ[4] رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى، آمين.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٤٠].

(٤) هو: موسى (أو ميمون بن موسى) الطُّخَيْخِيّ ـ بطاء مضمومة، ثم خاء معجمة مفتوحة ـ فقيه فاضل مِن أعيان المالكية بمصر في وَقْته، ألَّف حاشية على «مختصر خليل» وكان يكتب الخطَّ الحَسَنَ المُمَيَّز، (توفي سنة: ٩٤٧هـ). ينظر: «توشيح الديباج وحلية الابتهاج» للبدر القرافي [ص/٢٢٣]، و«طبقات الحضبكي» [١/٣٨٠]. و«كفاية المحتاج بمعرفة من ليس في الديباج» للتنبكتي [٢/٢٤٤].

كِتَابُ الإِكْـرَاهِ

قَالَ: الْإِكْرَاه يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَىٰ إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ اِسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ

كِتَابُ الإِكْـرَاهِ

[٣/-ظ]

قيلَ في مُناسبةِ الوضعِ: إنَّ الوَلاءَ لَمَّا كانَ مِن آثارِ العتقِ، والعتقُ مما لا يُؤَثِّرُ فيهِ الإِكْرَاهُ؛ ناسَب ذِكْرُ الإِكْرَاهِ عَقِيبَ الوَلاءِ، ولأنَّ في الإِكْرَاهِ تغَيَّرَ حالُ المخاطَبِ مِن الحُرمةِ إلىٰ الحِلِّ، أَلا ترىٰ أنَّ بالإِكْرَاهِ يَحلُّ مُباشرةُ ما كانَ حَرامًا قبْلَه في عامَّةِ المواضعِ، فكذلِكَ بِالموالاةِ يتغيَّرُ حالُ المولىٰ الأَعْلىٰ عَن حُرمةِ تَناوُلِ مالِ المولىٰ الأسفلِ إلىٰ الحِلِّ.

ثمَّ الإِكْرَاهُ ـ وهوَ حَمْلُ الإنسانِ علىٰ ما يكرهُه، بحيثُ يزولُ معه الرضا ـ علىٰ نَوْعَيْنِ كما عُرِفَ في أصولِ الفقهِ:

كاملٌ، ويُسَمَّىٰ: مُلْجِئًا، وهو الَّذي يُعْدِمُ الرِّضا ويُفْسِدُ الاختِيارَ.

[٦/٤١٢و/م] وقاصرٌ، ويُسَمَّىٰ: غيرَ مُلْجِئٍ، وهوَ يُعْدِمُ الرِّضا، ولكِنْ لا يُفْسِدُ الاخْتِيارَ.

فالمُلْجِئُ: كالتَّخويفِ بقَتْلِ النَّفسِ، وقَطْعِ العضْوِ، والضربِ المُبَرِّحِ المتوالي الَّذي يُخافُ منهُ التَّلفُ.

وغيرُ المُلْجِئِ: كالتَّخويفِ بِالحبسِ والقَيدِ، والضَّربِ اليَسيرِ.

ثمَّ الإِكْرَاهُ علىٰ أيِّ طريقٍ وُجِدَ لا يُنافي الأهليَّةَ؛ لأنَّها بالذِّمَّةِ والعقْلِ والبُلوغِ، ولا يُوجِبُ سقوطَ الخِطابِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ مُبْتَلًى، والابتلاءُ يُحَقِّقُ

رِضَاهُ أَوْ يَفْسَدُ بِهِ اِخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا خَافَ الْمُكْرَهُ تَحْقِيقَ مَا تَوَعَّدَهُ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُون مِنْ الْقَادِرِ وَالسُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ سِيَّانِ عِنْدِ تَحَقُّقِ

غاية البيان

الخِطابَ؛ لأنَّه دخلَ تحتَ خِطابِ قولِه تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

قولُه: (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَىٰ إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا)، إلىٰ هُنا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في **«مختصره»**[(١)]، وهَذا الَّذي ذَكَرَهُ مِنَ القُدرةِ عَلىٰ الإيقاعِ: هوَ شرْطُ صحَّةِ الإِكْرَاهِ؛ [لأنَّ المُكْرِهَ إذا لم يكُنْ قادرًا علىٰ الإيقاعِ لا يَتحَقَّقُ الإِكْرَاهُ][(٢)] لعدَمِ الخوْفِ.

فعنْ هذا قالَ أَصْحابُنا ﷺ: إنَّ الإِكْرَاهَ يُعْتَبَرُ فيهِ أربعُ شرائطَ:

صفةُ المُكْرِهِ: وهوَ أنْ يَكونَ قادرًا عَلىٰ إيقاعِ ما توَعَّدَ بِه، ولهذا اسْتوىٰ فيهِ السُّلطانُ وغيرُه.

وصفةُ المُكْرَهِ: وهوَ أنْ يَغْلِبَ علىٰ ظنِّه أَنَّ المُكْرِهَ يُوقِعُ ما توَعَّدَ به، فإنْ غلبَ علىٰ ظنِّه ألَّا يفعلَ بِه؛ لم يكُنْ مُكْرَهًا.

وصفاتُ ما توَعَّدَ بِه: فتارةً يكونُ بالقتلِ، وتارةً بالقطعِ، وتارةً بِالضَّربِ المُبَرِّحِ، وتارةً بالقيْدِ والحبْسِ والضَّربِ اليَسيرِ، وحُكْمُ ذلكَ يَختلفُ بحسَبِ ما أُكْرِهَ عليْهِ، وسَيَجِيءُ تَفصيلُ ذلِكَ.

وصفاتُ ما أُكْرِهَ عليْهِ: فتارةً يكونُ حقَّ اللهِ تَعالىٰ، وتارةً يَكونُ حقَّ المُكْرَهِ، وتارةً يكونُ [٣/١و] حقَّ آدميٍّ آخَرَ.

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يَتحَقَّقُ الإِكْرَاهُ مِن غَيرِ سُلطانٍ؛ لأنَّ الَّذي يقعُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الْقُدْرَةِ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ إِنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنَ السُّلْطَانِ لِمَا أَنَّ الْمَنَعَةَ لَهُ، وَالْقُدْرَةُ لَا تَتَحَقَّقُ بِدُونِ الْمَنَعَةِ. فَقَدْ قَالُوا هَذَا [١٣٧/ظ] اِخْتِلَافُ عَصْرِ

غاية البيان

منهُ يُمْكِنُ دَفْعُه.

وعندَهما: يقَعُ مِن غيرِ السُّلطانِ أيضًا إذا وقَعَ منهُ ما يقَعُ مِن السُّلطانِ[١]. كذا في «المختلف»[٢] و«الحَصْر».

وحقَّقَ الخلافَ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «مبْسوطه» كذلِكَ، وذكَرَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في «مختصره»[٣] قولَ أبي يوسُف معَ أَبي حَنِيفَةَ رحمهما الله.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «شرْحه»[٤]: «وقولُ أبي يوسُف معَ محمَّدٍ رحمهما الله في ظاهِرِ الرِّوايةِ».

وقالَ بعضُ مشايخِنا رحمهم الله: «هذا اختِلافُ عصْرٍ وزمانٍ، لا حُجةٍ وبُرْهانٍ؛ لأنَّ في زمَنِ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله لم تكُنِ القُدرةُ إلَّا لِلسُّلطانِ، ثمَّ تغَيَّرَ الزَّمانُ وانتشرَ الفسادُ، ووقعَ الإِكْرَاهُ مِنْ كلِّ أحدٍ، فلوْ كانَ أَبو حَنِيفَةَ رحمه الله في زمانِهما لأفْتىٰ بقولِهما، وإليْهِ ذهَبَ صاحبُ «النافع»[٥].

ثمَّ إنَّ القُدُورِيَّ رحمه الله أجمَلَ الحُكْمَ أوَّلًا في قولِه: «الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُه»[٦]، ثمَّ فصَّلَ بعدَ ذلكَ بِما ذكرَ مِنَ المسائِلِ.

---

(١) ينظر: «فتاوىٰ النوازل» [ص ٣٥١]، «المبسوط» [٣٩/٢٤]، «الفقه النافع» [١٣٢٣/٣]، «بدائع الصنائع» [١٨٤/٦]، «فتاوىٰ قاضي خان» [٤٨٣/٣]، «تبيين الحقائق» [١٨٢/٥]، «الاختيار» [١٠٥/٢]، «درر الحكام» [٢٧٠/٢]، «مجمع الأنهر» [٤٢٩/٢]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤٤/٥].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٨٣٦/٤].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٤١٠].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٦٠].

(٥) ينظر: «الفقه النافع» [١٣٢٣/٣].

(٦) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٩].

وَزَمَانٍ لَا اخْتِلَافُ حُجَّةٍ وَبُرْهَانٍ، وَلَمْ تَكُنْ الْقُدْرَةُ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلسُّلْطَانِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَأَهْلُهُ، ثُمَّ كَمَا يُشْتَرَطُ قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ لِتَحَقُّقِ الْإِكْرَاهِ يُشْتَرَطُ

فقالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «مبسوطه»: «أمَّا حُكْمُه شريعةً: فمتىٰ صحَّ الإِكْرَاهُ بِوعيدِ تلَفٍ علىٰ فِعْلٍ؛ ينتَقِلُ الفعلُ مِن المُكرِهِ إلىٰ المُكْرِهِ، كالإكْراهِ علىٰ [٦/٤١٢ظ/م] قتْلِ إنسانٍ، أوْ إتلافِ مالِه فيما يَصْلُحُ أن يكونَ المُكْرَهُ آلةً لَه، كأنَّ المُكْرِه فعَلَه بنفسِه، ولِهذا قالَ أَبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: إذا أُكْرِهَ علىٰ القتْلِ بوعيدِ تَلَفٍ، فقتَلَه بالسِّلاحِ؛ يجبُ القِصَاصُ علىٰ المُكْرِه لا علىٰ المُكْرَهِ، كما لو قتلَه بنفسِه.

وفيما لا يَصْلُحُ أَن يكونَ المُكْرَهُ آلةً للمُكْرِه يَبْقَىٰ الفعلُ مَقْصورًا عليْه، كما في حقِّ الإثمِ فِي مسألةِ القتْلِ يَبْقَىٰ مَقْصورًا علىٰ المُكْرِهِ؛ لأنَّ الإثمَ إنَّما يَكونُ بقَصْدِ القلْبِ، بأنْ يقْصِدَ قلْبُه ولا يُتَصَوَّرُ منَ المُكْرَهِ القصدُ بقلْبِ غيرِه، فبَقِيَ في حقِّ الإثمِ، ثمَّ القتلُ مقْصورًا عليْهِ، وفي حقِّ الإتْلافِ انتقلَ إليْهِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ يَصْلُحُ آلةً لهُ في حقِّ الإتْلافِ، بأنْ يأخذَه فيَضْرِبَه علىٰ غيرِه فيَقْتُلُه.

وإنْ حصَلَ الإِكْرَاهُ بِوعيدِ تَلَفٍ علىٰ قولٍ، فإنْ كانَ قولًا يَسْتَوِي فيهِ الجِدُّ والهَزْلُ، ويتَعَلَّقُ ثبوتُه بِالقولِ، كَالطَّلاقِ والعَتاقِ، فمِنْ حُكْمِ الإِكْرَاهِ: أَن يَصيرَ المُكْرَهُ آلةً للمُكْرِهِ في حقِّ الإتْلافِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ في حقِّ الإتْلاف يُتَصَوَّرُ آلةً لَه، وفي حقِّ التلفُّظِ الَّذي هوَ بِاللِّسانِ لا يصْلُحُ آلةً لَه، يَصيرُ مَقْصورًا عليْهِ، غَيرَ مَنقولٍ إلىٰ المُكْرِهِ، ولهذا نَفَذَ عِتْقُه، وكانَ الوَلاءُ لِلمُكْرَهِ؛ لأنَّه في حقِّ التلفُّظِ بِه لا يُتَصَوَّر آلةً لَه، فإنَّه لا يُمْكِنُه أن يتكلَّمَ بِلسانِ غيرِه.

وفي حقِّ الإتلافِ يَصيرُ آلةً لَه حتَّىٰ يَرْجِعَ بِالضَّمَانِ فِي مسْألةِ العِتقِ علىٰ المُكْرِهِ، وفي الطَّلاقِ اعْتُبِرَ آلةً لَه في حقِّ الإتْلافِ، كما إذا طَلَّقَ امْرأتَه مُكْرهًا قبلَ الدُّخولِ؛ يَضْمَنِ المُكْرِهُ نصفَ الصّداقِ، إلَّا أنَّ مَن أتلَفَ منكوحةَ غيرِه؛ لا يَضْمَنُ

خَوْفُ الْمُكْرَهِ وُقُوعَ مَا يُهَدَّدُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِهِ مَحْمُولاً عَلَىٰ مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِنَ الْفِعْلِ.

شيئًا بإتلافِ النِّكَاحِ، وإنْ أتلفَ عبْدَ غيرِه يَضْمَنُ.

وإنْ كانَ تصرُّفًا يَسْتَوِي فيه الجِدُّ والهَزْلُ، كَالبَيْعِ والإِقْرَارِ، فإنَّ مِن حُكْمِه إفسادَ التصرُّفِ، وكذا إنْ كانَ تَصرُّفًا يَسْتَوِي فيهِ الجِدُّ والهَزْلُ، إلَّا أنَّه [٣/١ظ] لا يتعَلَّقُ ثُبوتُه بِاللَّفظِ، كانَ مِن حُكْمِ الإِكْرَاهِ إفسادُه، حتَّىٰ لا يصحَّ رِدَّةُ المُكْرَهِ.

وإنَّما قُلنا بأنَّه لا يتعَلَّقُ ثبوتُه بِالقَولِ، فإنَّ مَن قصَدَ أنْ يَكْفُرَ ـ والعياذُ باللهِ ـ جادًّا أو هازِلًا قبلَ أنْ يُقِرَّ به يَكْفُرُ، بخِلافِ الطَّلاقِ والعَتَاقِ، هذا إذا حصَلَ الإِكْرَاهُ بوعيدِ تَلَفٍ، ومتىٰ حصَلَ الإِكْرَاهُ لا بوعيدِ تَلَفٍ، ولكِن بما يُوجِبُ التغَمُّمَ كالحَبْسِ والقَيْدِ مدةً طويلةً، فمِنْ حُكْمِه إذا حصَلَ علىٰ تصَرُّفٍ مِن حيثُ القولُ: لا يَسْتَوِي فيه الجِدُّ والهَزْلُ، كَالبَيْعِ والإِجَارَةِ، والإِقْرَارِ، والهِبَةِ، والصَّدَقَةِ، والكِتَابَةِ؛ كانَ مِن حُكْمِه فسادُ هذِه التصرُّفاتِ.

ومتَىٰ حصَلَ علىٰ تصَرُّفٍ هوَ قولٌ، إلَّا أنَّه يستَوي فيهِ الجِدُّ والهَزْلُ، كَالطَّلاقِ والعَتَاقِ والرِّدَّةِ؛ فإنَّه لا عِبْرَةَ بِه، ويُجْعَلُ وجودُه وعدمُه بمنزلةٍ حتَّىٰ يَنْفُذَ العتقُ، ولا [٦/٤١٣و/م] يَرْجع علىٰ المُكْرِهِ، ويصحُّ منه الرِّدَّةُ حتَّىٰ تَبينَ منه امرأتُه، كأنَّه فعَلَ ذلكَ مِن غيرِ إِكْرَاهٍ، ومتَىٰ حصَلَ علىٰ فِعْلٍ ـ أيّ فِعْلٍ كانَ ـ فإنَّه لا يُعْتَبرُ، ويُجْعَلُ كأنَّه فعلَ بِغيرِ إِكْرَاهٍ، كأَكْلِ المَيْتَةِ، وشُرْبِ الخَمْرِ، وأَكْلِ مالِ الغيْرِ، حتَىٰ لا يحلّ أَكْلُ المَيْتَةِ وشُرْبُ الخَمْرِ، ولا يَحِلُّ الإتلافُ».

قالَ خُوَاهَرْ زَادَه ﵀: «وإنَّما سَمَّيْنا ما ذَكَرْنا حُكْمَ الإِكْرَاهِ شريعةً؛ لأنَّه يَثْبُتُ بِه، وحُكْمُ الشَّيءِ ممَّا يَثْبُتُ بِه ـ كالمِلْكِ في بابِ البَيْعِ ـ حُكْمُ المَبِيعِ؛ لأنَّه يَثْبُتُ بِه، فكذلِكَ هَذا».

قَالَ: وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَىٰ بَيْعِ مَا لَهُ، أَوْ عَلَىٰ شِرَاءِ سِلْعَةٍ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارِهِ، فَأُكْرِهَ عَلَىٰ ذَلِكَ بِالقَتْلِ، أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ، أَوْ بِالحَبْسِ، فَبَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ؛ فَهُوَ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَمْضَى البَيْعَ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالمَبِيعِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ:

يُقالُ: توَعَّدَه، أيْ: خَوَّفَه. كذا في «ديوان الأدب»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَىٰ بَيْعِ مَا لَهُ، أَوْ عَلَىٰ شِرَاءِ سِلْعَةٍ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارِهِ، فَأُكْرِهَ عَلَىٰ ذَلِكَ بِالقَتْلِ، أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ، أَوْ بِالحَبْسِ، فَبَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ؛ فَهُوَ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَمْضَى البَيْعَ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالمَبِيعِ)، أيْ: قال القُدُوريُّ ﵀[2]، وذلكَ لأنَّ هذه العُقُودَ - أعْني: البَيْعَ، والشِّرَاءَ، والإِقْرَارَ، والإِجَارَةَ - تتوقَّفُ صحَّتُها على الرِّضا.

أمَّا البَيْعُ والإِجَارَةُ: فلقولِه تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

والإِكْرَاهُ يُعْدِمُ الرِّضا، والإقرارُ إنَّما جُعِلَ حُجةً لترجُّحِ جانبِ الصِّدقِ على الكذبِ؛ لأنَّه لا يكْذِبُ على نفسِه غالبًا معَ الطوَاعِيَةِ، ومعَ وُجودِ الإِكْرَاهِ الَّذي يُعْدِمُ الرِّضا لا يتحقَّقُ الصدقُ في الإِكْرَاهِ، فيَبطُل الإِقْرَار بِالإِكْرَاهِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّه أقرَّ بذلِكَ كذبًا لدَفْعِ الشَّرِّ عن نفسِه.

قال محمدُ بنُ الحسنِ ﵀ في «الأصْل» في بابِ ما يُكْرِهُ عليهِ اللُّصُوصُ غيرُ المتأوِّلِينَ: «وإنْ هدَّدوهُ بالحبْسِ، بأنْ قالوا لرَجُلٍ: لنَحْبِسَنَّكَ في السجنِ سَنَةً أوْ لتشرَبَنَّ هذه الخمْرَ، أوْ لتأكُلَنَّ لحْمَ هذا الخِنْزِيرِ، أوْ هذه المَيْتَةَ، أوْ قالوا: لنُقَيِّدَنَّك

(١) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارابي [٣/٢٨٥].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٩].

﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩] وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يَعْدِمُ الرِّضَا فَتَفْسُدُ، بِخِلافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ، أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ، أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ؛

غاية البيان

أبدًا ولا نُخرِجَنَّكَ مِنَ السِّجْنِ؛ فإنَّه لا يُباحُ لَه تَناوُلُ هذِه الأشياءِ إذا كانَ لا يُمْنَعُ منهُ الطعامُ والشرابُ، وذلِكَ لأنَّه لا يُخافُ منهُ تلَفُ نفسٍ، ولا غيرُ ذلِك»[1].

وقالَ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «أطلقَ محمَّدٌ ﷺ الجوابَ إطلاقًا، فَمِنْ مشايخِنا مَن قالَ: هذا إذا لم يكُنِ الرَّجُلُ مُنَعَّمًا ذا مُروءةٍ، فأمَّا إذا كانَ مُنَعَّمًا ذا مُروءةٍ يَشُقُّ عليْهِ ذلِكَ [٣/٢و]، بحيثُ يقَعُ في قلْبِهِ أنَّه متَى لمْ يتناوَلْ يَموتُ، أوْ يذهبُ عضوٌ مِن أعضائِه؛ يُباحُ لَه التَّناوُلُ؛ لأنَّه خافَ الضَّرورةَ.

أوْ يُهَدَّدُ بالحبسِ في مكانٍ مُظْلِمٍ يخافُ منهُ ذهابَ البصَرِ لطُولِ مقامِه فيهِ؛ فإنَّه يباحُ لَه التَّناوُلُ؛ لأنَّه جاءتِ الضَّرورةُ».

ثمَّ قالَ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ: «وقالَ بعضُ المشايخِ: إنَّ محمَّدًا ﷺ أجابَ هكذا بناءً على ما كانَ مِن الحبسِ في زمانِه، فأمَّا الحبْسُ الَّذي أحدَثوه اليومَ في زمانِنا؛ فإنَّه يُبيحُ [٤١٣/٦ظ/م] التناوُلَ؛ لأنَّهم يحبِسونَ الإنسانَ تعذيبًا لا مُكْثًا فيه».

ثمَّ قالَ محمَّدٌ ﷺ في هذا الباب: «فإنْ قالوا: لَنُجِيعَنَّكَ أوْ لتَفْعَلَنَّ بعضَ ما ذَكَرْنا[2]؛ فإنَّه لا يُباحُ له التناوُلُ حتَّى يجيءَ مِن الجوعِ ما يخافُ التلفَ على نفسِه»[3].

قولُه: (فَتَفْسُدُ)، أي: تَفْسُدُ هذِه العُقُودُ، وهيَ البَيْعُ، والشِّرَاءُ، والإِقْرَارُ، والإِجَارَةُ بِالإِكْرَاه.

قولُه: (بِخِلافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ، أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ، أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ) متّصلٌ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٠٥/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) أي: مِن شُرْب الخمر، وأكْل لحْم الخنزير، وأكْل الميتة، كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٠٥/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]،

لِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلَىٰ العَادَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ الإِكْرَاهُ ....

۞ غاية البيان ۞

بقولِه: (وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يُعْدِمُ الرِّضَا فتفْسُدُ)، أيْ: لا تَفْسُدُ هذِه العُقُودُ بِالإِكْرَاهِ بِضَرْبِ سوْطٍ، أوْ حَبْسِ يومٍ، أوْ قَيْدِ يومٍ.

قالَ محمَّدٌ ﵀ في «الأصل»[1]: «فإنْ قالَ المُسَلَّطُ: لأضْرِبَنَّك سوْطًا أوْ سَوْطَيْنِ؛ فإنَّه لا يسعُه التَّناوُلُ؛ لأنَّ ضَرْبَ سوْطٍ، أو سَوْطَيْنِ مما لا يُخَافُ منه تلَفُ النَّفسِ، ولا ذهابُ عضْوٍ، أَلا تَرىٰ أنَّ هذا القدْرَ ممَّا يُلْعَبُ بِهِ، ويُؤَدَّبُ به الصَّغيرُ، وإذا كانَ لا يُخَافُ منهُ التَّلفُ لم يوجَدِ الضَّررُ إلا إذا قالَ: ضربتُك سوطًا، أوْ سَوْطَيْنِ علىٰ عينيْكَ، أوْ علىٰ المَذَاكِيرِ، فحينَئذٍ يُباحُ لَه التناوُلُ لِتحقُّقِ الإِكْرَاهِ؛ لأنَّه يُخَافُ ذهابُ عضْوٍ علىٰ نفسِه في هذِه الحالةِ»، وبِه صَرَّحَ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبْسوطه».

وقالَ محمَّدٌ ﵀ في «الأصْل»: «وإنْ قالوا: لنَضْرِبَنَّك سوطًا، أوْ لَنَحْبِسَنَّك يومًا، أو ساعةً، أوْ تُقِرَّنَّ لهُ بألفِ درهمٍ، فأقَرَّ؛ فالقِياسُ: أن يكونَ ذلِكَ إكراهًا»[2]، وذلِك لأنَّ الطَّواعيةَ التي أُقِيمَتْ مقامَ الصِّدقِ لم تَثْبُتْ، وفي الاستحسانِ: إنَّه إقرارُ طائعٍ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يلتزمُ ضررَ ألفِ درهمٍ بحَبْسِ يومٍ، أوْ بقَيْدِ يومٍ، أو يوميْنِ، أوْ ساعةٍ، فإنَّ الرَّجُلَ قَد يُقِيمُ في المنزلِ يومًا، أوْ يوميْنِ، إمَّا للموافقةِ أوْ للاختيارِ، ولا يَثْقُلُ عليْهِ مِثْلَ ما يَثْقُلُ أنْ لوْ أُزِيلَ عَن مِلْكِه درْهمٌ!

وكذلِك المرأةُ تخْضِبُ يديْها ورِجلَيْها وترْبِطُهُما، فتصيرُ كالمقَيَّدةِ المحبوسةِ يومًا أو ليلةً، ولا يَثْقُلُ عليْها، وإذا كانَ كذلِك كانَ الإِقْرَارُ بألفِ درهَم بحَبْسِ يومٍ أوْ قيْدِ يومٍ دليلَ الطَّواعيةِ؛ لأنَّه لا يختارُ ضَررَ ألفِ درهمٍ علىٰ ما يَلْحَقُه مِن الغَمِّ والمشقَّةِ بحَبْسِ يومٍ، ونحوِ ذلكِ، بخِلافِ ما إذا كانَ الحبْسُ أوِ القيدُ كثيرًا، حيثُ

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) ينظر: المصدر السابق [٧/٣٠٨].

. . . .

يكونُ الإقْرارُ عن إِكْرَاهٍ لا عَن طواعِيةٍ.

[٣/٢٧٥ظ] **وقالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»**: «مِن مشايخِنا مَن قالَ: ما قالَ محمَّدٌ ﷺ: إنَّه لا يكونُ إكراهًا إذا كانَ الرَّجُلُ مِن أوْساطِ النَّاسِ، أوْ مِن السُّوقةِ، فأمَّا إذا كانَ الرَّجُلُ مِنَ الأشْرافِ والأَجِلَّةِ، أوْ مِنْ كبارِ العُلماءِ، أوِ الرؤساءِ، بحيثُ يَسْتَنْكِفُ أنْ يُضْرَبَ سوطًا واحدًا في الملإِ، أوْ يُحْبَسَ، أوْ يُعَرَّكَ أُذنُه في ملإٍ بينَ النَّاسِ، أوْ مجلسِ السُّلْطانِ؛ فإنَّه يكونُ مُكرهًا؛ لأنَّ مِثْلَ هذا الرَّجُلِ يُؤْثِرُ ألفَ درهمٍ على ما يَلْحَقُه مِن الهوانِ والذُّلِّ بهذا القدرِ مِن الحبسِ والقيدِ، فإذا كانَ الرَّجُلُ مثلَ هذا؛ فإنَّه يُعْتَبرُ هذا إكراهًا في حقِّه».

وقالَ محمَّدٌ ﷺ في «الأصْل»: «وإنْ قالوا له: لنَقْتُلَنَّكَ أوْ لتُقِرَّنَّ لهذا الرَّجُلِ بألفِ درهمٍ، فأقرَّ لَه بخمسِ مئةِ درهمٍ، فالإقرارُ [٦/٤١٤و/م] باطلٌ»[١]، وذلِكَ لأنَّه إقرارُ مُكْرَهٍ؛ لأنَّه أقَرَّ ببعضِ ما أُكْرِهَ عليْه؛ لأنَّ الإكْرَاهَ على الألفِ إكْرَاهٌ على كلِّ جُزْءٍ مِن أجْزائِها.

وقالَ في «الأصْل» أيضًا: «وإنْ أكرَهوه على أنْ يُقِرَّ له بألفِ درْهمٍ، فأقرَّ لَه بألفَيْ درهمٍ؛ لزِمه ألفُ درهمٍ، وبطلَتْ عنهُ ألفٌ»[٢]، وذلِك لأنَّه في الألْفِ مُكْرَهٌ، وفي الألفِ الأُخْرىٰ طائعٌ، فيصحُّ إقرارُ الطّائِعِ لا المُكْرهِ».

قالَ بعضُ مشايخِنا: ما ذكرَه محمَّدٌ ﷺ قولُهما، كما إذا شَهِدَ شاهدانِ أحدُهما بألفٍ والآخرُ بألفَيْنِ، والمدَّعِي يدَّعِي ألفَيْنِ؛ فإنَّه تُقْبَلُ الشهادةُ على ألفٍ عندَهما خلافًا لأبي حَنيفَةَ ﷺ، فأمَّا على قولِ أبي حَنيفَةَ: يصحُّ إقرارُه بألفَيْ درهمٍ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ بِما أُكْرِهَ عليْه، وإنَّما أقَرَّ بشيءٍ آخرَ، إلَّا أن يكونَ الإكْرَاهُ بالإقْرارِ بألفٍ

---

(١) ينظر: المصدر السابق [٧/٢٠٧].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ؛ لِتَرَجُّحِ جَنَبَةِ الصِّدْقِ فِيهِ عَلَىٰ جَنَبَةِ الكَذِبِ، وَعِنْدَ الإِكْرَاهِ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ يَكْذِبُ لِدَفْعِ المَضَرَّةِ.

غاية البيان

مِن كِيسٍ، فأقَرَّ بألفَيْنِ في ذلكَ الكِيسِ. كذا ذكرَ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «**مبْسوطه**».

وقيلَ: بلْ هذا الجوابُ قولُهم جميعًا؛ لأنَّ محمَّدًا ﷺ لم يذكُرْ فيهِ الخلافَ.

وَجْهُ الفرقِ على هذا بينَ المسألةِ وبينَ مسألةِ الشَّهادةِ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المعتبرَ عندَ أبي حَنِيفَةَ في الشهادةِ: اتفاقُ الشُّهودِ في اللَّفظِ الَّذي يُوجِبُ اختلافَ المعْنىٰ، والألفُ غيرُ الألفَيْنِ في اللَّفظِ، وليسَ كذلِك الإِكْرَاهُ؛ لأنَّ المعتبرَ فيهِ الموافقةُ في المعْنىٰ دونَ اللَّفظِ؛ لأنَّ غرَضَ المُكْرَه أنْ يتخلَّصَ ويفْعَلَ علىٰ إرادةِ المُكْرِه، وقدِ اتَّفقا في الألفِ في المعْنىٰ وإنِ اختلَفا في اللَّفظِ.

وقالَ محمَّدٌ ﷺ **في «الأصْل»**: «وإنْ أقرَّ بمئةِ دينارٍ فإنَّه يكونُ جائزًا؛ لأنَّه إقرارُ طائعٍ، فإنَّه لَمْ يأتِ بما أُكْرِهَ عليْه، ولا ببعضٍ منهُ، بل أتىٰ بجنسٍ آخَرَ؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسانِ مختلفانِ حقيقةً»[1].

قولُه: (**إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ**)، استثناءٌ مِن قولِه: (**بِخِلافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ، أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ**)، **يعْني**: إذا كانَ الرَّجُلُ صاحبَ مَنْصِبٍ، يكونُ ذلكَ القدرُ مِنَ الضَّربِ أوِ الحَبْسِ أو القَيْدِ إكْراهًا تَفْسُدُ بِه العُقُودُ، وقدْ مَرَّ بيانُه قبْلَ هذا.

قولُه: (**وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ؛ لِتَرَجُّحِ جَنَبَةِ الصِّدْقِ فِيهِ**)، إنَّما ذكَرَ هذا [٣/٣و] حتَّىٰ يُبيِّنَ أنَّ الإقْرارَ بالإكْراهِ يَفْسُدُ كالبَيْعِ بالإِكْرَاهِ.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣٤٧/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

....

ولنا: أنَّ هذا البَيْعَ فَاسِدٌ، صدَر جِدًّا مِن مالكٍ مُكلَّفٍ خاليًا عن خيارِ الشّرطِ لأحدِهما، فيُفيدُ التَّسْليمُ مِن المالكِ المِلْكَ قياسًا على سائرِ البيوعِ الفَاسِدَةِ الصّادرةِ منَ المالكِ.

وإنَّما قُلنا: إنَّه فَاسِدٌ؛ لفوَاتِ الرِّضا بِالإكْرَاهِ، والرِّضا شرْطُ صحَّةِ البَيْعِ؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾، ففَسَد لعدم الرضا، ولكن لَمْ يَبْطُلْ لوجودِ رُكْنِ البَيْعِ، وهوَ الإيجابُ، فالقبولُ مِن الأهلِ ـ وهُو العاقلُ البالغُ ـ مضافًا إلىٰ المحلِّ، وهو المالُ المُتقَوّمُ، إلَّا أنَّ الرِّضا شرْطٌ زائدٌ، ولا يُخِلُّ بالركْنِ انعِدامُ شرْطِ التَّصرُّفِ، ولا يُعْدِمُ الحُكْمَ أيضًا، ولكِن يَثْبُتُ وَصْفُ الفسادُ، وكانَ الفسادُ ثابتًا ما بَقِيَ حقُّ العبدِ، فإذا رَضِيَ بِه ارتفعَ الفسادُ.

وإنَّما قُلنا: إنَّه صدَرَ جِدًّا؛ لأنَّ الجِدَّ ضِدُّ اللَّعِبِ، والمُكْرَه بالبَيْعِ لمْ يقْصِدِ اللعب، بلْ قصَدَ دَفْعَ الشَّرِّ عن نفسِه، والخلاصَ عنِ القتلِ، فاختار أهونَ الأمريْنِ عليْه، وكان جادًّا.

وإنَّما قُلنا: إنَّه صدَرَ مِن مالكٍ مكلَّفٍ؛ لِمَا أنَّ المِلْكَ فيهِ لَه، والتكليفُ بعدَ الإكْرَاهِ باقٍ، ولهذا لوْ أُكْرِهَ على القتلِ يأثَمُ بالقتلِ بالإجْماعِ.

وإنَّما قُلنا: خاليًا عَن خيارِ الشَّرطِ؛ لأنَّ الخيارَ لمْ يُشْتَرطْ أصلًا، لا للبَائعِ ولا للمُشْتَرِي.

فإنْ قيلَ: لوْ كانَ بَيْعُ المُكرهِ كَالبَيْعِ الفَاسِدِ؛ لم يَعُدْ جائزًا [٣/٣٣ظ] أبدًا بالإجازةِ، كما لوْ باعَ درْهمًا بدرْهمَيْنِ، أو بألفٍ ورِطْلٍ مِن خَمْرٍ، فلوْ كانَ يَعودُ جائزًا كانَ يَنبَغي لإعادتِه جائزًا وَقْتٌ معلومٌ، كما في البَيْعِ إلىٰ الحَصَادِ والدِّيَاسِ علىٰ مذهبِكُم، وهُنا في أيِّ وَقْتٍ أَجازَه المُكْرهُ يَعودُ جائزًا علىٰ مذهبِكم، فصارَ

. . . .

كبَيْعِ الفُضُولِيِّ، لا كَالبَيْعِ الفَاسِدِ.

قُلنا: إنَّ بيعَ المُكْرَه لَه شَبَهٌ بالبَيْعِ الموْقوفِ، وشَبَهٌ بالبَيْعِ الفَاسِدِ.

أمَّا الأوَّلُ: فلأنَّه لم يوجَدْ رِضا المالِكِ، وقدْ خَلا عَنِ الشُّروطِ الفَاسِدَةِ، بخِلافِ البَيْعِ الفَاسِدِ، فإنَّ فيه شُرِطَ ما يُفْسِدُه.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّه صدَرَ مِن المالِكِ، ولكِنْ فَاتَ رِضاهُ، بخِلافِ بيعِ الفُضُولِيِّ؛ فإنَّه لم يوجدْ مِن المالِكِ، فإذا كانَ لَه شبَهانِ، وفَّرْنَا على الشبهَيْنِ حظَّهُما.

فباعتبار الشَّبَهِ الأوَّلِ: عادَ جائزًا بالإجازةِ في أيِّ وَقْتٍ كانتْ، كبَيْعِ الفُضُولِيِّ.

وباعتِبارِ الشَّبَهِ الثَّاني [٦/٤١٥و/م]: أفادَ المِلْكَ إذا اتَّصلَ بِه القبضُ كَالبَيْعِ الفَاسِدِ، ولم نَعْكِسْ؛ لأنَّا متىٰ أظهَرْنا شَبَهَ العقدِ الموْقوفِ في حقِّ المِلْكِ، ولم نُوجِبِ المِلْكَ بعدَ التَّسْليمِ؛ لا يَبْقَىٰ لشَبَهِ البَيْعِ الفَاسِدِ عَملٌ في حُكْمٍ ما، فيَبْطُلُ العَملُ بالشَّبَهَيْنِ، فكانَ خيارُ الإجَازَةِ في بَيْعِ المُكْرِهِ علىٰ ما قرَّرْنا نظيرَ خيارِ الرُّؤْيَةِ والعيبِ، فلَمْ يَمْنَعِ المِلْكَ، لا نَظيرَ خيارِ الشَّرطِ.

[و][1] الجوابُ عمَّا قالَ زُفَر ﷺ:

أمَّا قولُه: «إنَّ المُكْرَه يُجْعَلُ آلَةً للمُكْرِه في حقِّ التَّسْليمِ».

قُلنا: هذا الكلامُ ضَعيفٌ مِن زُفَر؛ لأنَّ الخلافَ بيننا فيما إذا حصَلَ الإِكْرَاهُ بوعيدِ تَلَفٍ أوْ لا بوعيدِ تَلَفٍ سواءً، ولهذا لم يُجْعَلِ المُكْرَهَ آلَةً للمُكْرِه في الصّورةِ الثَّانيةِ حتَّىٰ كانَ التَّسْليمُ مقصورًا علىٰ المُكْرَه، ولم يجبِ الضَّمَانُ علىٰ المُكْرِه، ومعَ هذا لم يَمْلِكِ المُشْتَرِي مِن المُكْرِهِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَنَا: أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَىٰ مَحَلِّهِ وَالْفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوط الْمُفْسِدَةِ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ عِنْدَ الْقَبْضِ، حَتَّىٰ لَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ نَقْضُهُ؛ جَازَ، وَيَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ

غاية البيان

وأمَّا قولُه: «فيهِ خيارُ الإِجَازَةِ، فلا يُفيدُ المِلْكَ، كما في بيعِ الفُضُولِيِّ».

قُلنا: القياسُ فَاسِدٌ؛ لأنَّ في الأصلِ لمْ يوجَدِ التصرُّفُ مِنَ المالِكِ، وفي الفرعِ حصَلَ مِنَ المالكِ، فظهَرَ الفرقُ، وقياسُ بَيْعِ المُكْرِهِ على بَيْعِ الهازِلِ ضعيفٌ؛ لأنَّ الهازلَ قصَدَ الهَزْلَ، وهو اللعبُ والعبثُ الَّذي لا فائدةَ فيه، بخلافِ المُكْرَه؛ فإنَّه لمْ يقصِدِ اللَّعبَ، بلْ قصَدَ دَفْعَ الشرِّ عن نفسِه، فكانَ بَيْعُه مفيدًا.

قولُه: (فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ المُفْسِدَةِ)، أيْ: صارَ الإِكْرَاهُ كالشُّروطِ المُفْسِدَةِ في حقِّ توَقُّفِ المِلْكِ على القبضِ، يعْني: أنَّ بَيْعَ المُكْرَهِ صارَ بمنزلةِ العُقُودِ الفَاسِدةِ في هذا المعْنىٰ.

قولُه: (حَتَّىٰ لَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ نَقْضُهُ؛ جَازَ، وَيَلْزَمُهُ القِيمَةُ).

اعلمْ: أنَّ المُشْتَرِي مِن المُكْرَهِ أوِ المُتَّهِبَ منهُ إذا تصَرَّفَ فيما قبضَ، لا يخْلو: إمَّا إنْ كانَ تصرُّفًا لا يحتملُ النقْضَ، كَالإِعْتَاقِ، والتَّدْبِيرِ، والِاسْتِيلادِ، والطَّلاقِ، والنِّكَاحِ، والرَّجْعَةِ في العِدَّةِ، والنَّذْرِ، والفَيْءِ بِاللِّسانِ في الإِيلاءِ ممنْ لا يَقْدِرُ علىٰ الجماعِ [٣/٤ر]، فليسَ لِلمُكْرِهِ نَقْضُها؛ لأنَّ هذِه التَّصرُّفاتِ لا تحتمِلُ النَّقضَ بعدَ وُقوعِها مِن المالِكِ، وقَد وقعَتْ مِن المالِكِ؛ لأنَّ المِلْكَ ثبتَ بِالقبضِ، فإذا لم يكُن لَه نقضُها، كانَ عاجِزًا عنِ الوُصولِ إلىٰ عَيْنِ حقِّهِ، وكانَ لَه تَضمينُ القِيمَةِ، فإنْ شاءَ ضَمَّنَ قيمتَه يومَ سَلَّمَ إلىٰ المُشْتَرِي، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُشْتَرِي أو المُتَّهِبَ يومَ قَبضَ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَه يومَ أُعْتِقَ حتَّىٰ لوْ كانَتْ قيمتُه يومَ العتقِ ألْفَيْ

كَمَا فِي سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ وَبِإِجَازَةِ الْمَالِكِ يَرْتَفِعُ الْمُفْسِدُ وَهُوَ الْإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ ....

درهمٍ، ويومَ قَبْضِ المُشْتَرِي أوِ المُتَّهِبِ ألفًا؛ كانَ لَه أنْ يَضْمَنَ الألفَيْنِ، ويتخَيَّرُ المُكْرَه في التَّضمينِ: إن شاءَ ضمَّنَ المُكْرِهَ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ المُشْتَرِي أوِ المُتَّهِبَ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما أحدثَ سببَ الضَّمَانِ.

أمَّا المُكْرِهُ: فلأنَّه أزالَ يدَه عَن مالِه بِغيرِ إذْنِه فصارَ غاصبًا فيَضْمَنُ؛ لأنَّ المُكْرَهَ في حقِّ التَّسْلِيمِ جُعِلَ آلةً لَه، فصارَ فِعْلُه كفِعْلِه، وكذلِك المُشْتَرِي؛ لأنَّه أتلفَ حقَّ المالِكِ في [٦/٤١٥ظ/م] الاستِرْدادِ.

فرَّقُوا بينَ هذِه وبينَ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا إذا أُعْتِقَ؛ كانَ لِلبَائِعِ أنْ يُضَمِّنَ المُشْتَرِي قيمتَه يومَ قَبَضَ لا يومَ أُعْتِقَ؛ لأنَّ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا أعتقَه بعدَ وجودِ تسليطٍ صحيحٍ مِن المالِكِ، بخِلافِ المُشْتَرِي مِن المُكْرَهِ، فإنَّ تسليطَه فَاسِدٌ، فيكونُ الإعْتَاقُ حاصِلًا بِغيرِ إذْنِ المالكِ، فكَانَ لَه أنْ يُضَمِّنَه قيمتَه يومَ العتقِ إنْ شاءَ، ويومَ القبضِ إن شاءَ، هذا إذا اخْتارَ تَضمينَ القابضِ: فإنْ ضَمَّنَ المُكْرِه كانَ لَه أنْ يَرْجِعَ بذلِك على القابِضِ، وإنْ قبَضَ ذلِك بإذْنِ المُكْرِهِ؛ لأنَّه قبَضَهُ لِلتمَلُّكِ، وقبْضُ التمَلُّكِ يُوجِبُ الضَّمَانَ، ثمَّ إذا ضمَّنَه القِيمَةَ يأْخذُ المُشْتَرِي الثَّمَنَ مِن المُكْرِهِ إنْ كانَ قائمًا؛ لأنَّه لم يَسْلَمْ لَه المُشْتَرى، فَلا يَسْلَمُ لِلمُكْرِهِ الثَّمنُ أيضًا، وإنْ كانَ هالكًا لا يأخذ منهْ شيئًا؛ لأنَّ الثَّمنَ أمانةٌ عندَ المُكْرِهِ بإذْنِ المُشْتَرِي، والقبضُ بإذنِ المالِكِ إنَّما يجبُ بِه الضَّمَانُ إذا كانَ لِلتمَلُّكِ، والمُكْرهُ لم يقبِضْه للتمَلُّكِ؛ لأنَّه مُكْرَه لا طائعٌ.

فَرَّقَ محمَّدٌ ﷺ بينَ هذا وبينَ الغَاصِبِ الأوَّلِ إذا ضَمِنَ، وكانَ وهبَ مِن غيرِه، حيثُ لا يَرْجِعُ بِما ضَمِنَ القِيمَة على المَوْهُوبِ لَه، وهُنا قالَ: المُكْرهُ يَرْجِعُ بما ضَمِنَ على القابضِ، وذلكَ لأنَّ مِلْكَ الغَاصِبِ ثبتَ بِالضَّمَانِ سابقًا على الهِبَةِ،

....

فَصَحَّتْ هِبَتُه، فلَمْ يكُن لَه أن يُضَمِّنَ المَوْهُوبَ لَه بعدَ ذلِكَ.

وأمَّا مِلْكُ المُكْرِهِ: تأخَّرَ عَن الهِبَةِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ بِالضَّمَانِ إنَّما يَمْلِكُه مِن وَقْتِ التَّسْلِيمِ، والهِبَةُ كانتْ قبْلَ التَّسْلِيمِ، فلَمْ تصحَّ، وإنْ كانَ تصرُّفًا يحتملُ النقضَ بعدَ وُقوعِه كانَ للمُكْرِهِ أنْ يَنْقُضَ ذلِكَ، وذلِكَ كَالبَيْعِ والكِتَابَةِ والإجَارَةِ ونحوِها.

فرقٌ بينَ هذا وبينَ البيوعِ الفَاسِدَةِ والهِبَةِ الفَاسِدَةِ إذا حصلَتْ بِرِضا المالكِ، وتصرُّفُ المُشْتَرِي أو المُتَّهِبِ لا ينْقُضُ البَائِع الأول والوَاهِب تصرُّفاتِ القابضِ، أيُّ تصَرُّفٍ كانَ، إلا الإجَارَة فإنَّه ينْقُضُها [٣/٤٤ظ]؛ لأنَّها تُفْسَخُ بالأعذارِ، ورَفْعُ الفسادِ عُذْرٌ.

وَجْهُ الفرقِ: أنَّ تصَرُّفَ القابضِ في العُقُودِ الفَاسِدَةِ حصَلَ بتسليطٍ صحيحٍ؛ لأنَّه طائعٌ في التَّسليطِ، فلَمْ يكُنْ لِلبَائِعِ أوِ الوَاهِبِ حقُّ النقْضِ، وإنَّما كانَ لَه حقُّ النقضِ قبلَ تصَرُّفِ القابضِ لحقِّ الشَّرْعِ، فلَمَّا تصَرَّفَ؛ تعَلَّقَ بِه حقُّ العبدِ، وحقُّ العبدِ مُقَدَّمٌ لِحاجتِه.

أمَّا المُكْرِهُ: فلَمْ يوجَد منهُ تَسليطٌ صحيحٌ، فكانَ لَه أنْ يَنْقُضَ جميعَ تصرُّفاتِ القابضِ. هذا حاصلُ ما ذكرَه شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﵀ في «مبْسوطه» إلا أنَّ في عبارتِه بسْطًا.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ»[1]: «ومَن أُكْرِهَ علَىٰ بَيْعِ عبْدِه فباعَه لَمْ يَجُزْ بَيْعُه لعدَمِ رِضاهُ، والرِّضا شرْطٌ في البَيْعِ.

ولوْ سَلَّمَ إلىٰ المُشْتَرِي طائعًا؛ صحَّ [٦/٤١٦و/م] البَيْعُ وزالَ الإكْرَاهُ؛ لأنَّ الإكْرَاهَ علَىٰ البَيْعِ لا يكونُ إكْراهًا علَىٰ التَّسْلِيمِ؛ لأنَّه ليسَ مِن شَرْطِ صحَّةِ البَيْعِ: التَّسْلِيمُ،

(١) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٦٠].

. . . .

بخِلافِ ما إذا أكْرَهَهُ على الهِبَةِ والصَّدَقَةِ فسَلَّمَ طائعًا؛ فإنَّه لا يكونُ إجَازَةً؛ لأنَّ الهِبَةَ والصَّدَقَةَ لا تَصِحّانِ إلَّا بالقبضِ، فكانَ الإكْرَاهُ عليهِما إكْراهًا بالقَبضِ.

ولَو أنّه أكرَهَهُ عَلىٰ البَيْعِ والتَّسْليمِ فَسلَّمَ كانَ فاسدًا إلَّا أنَّ المُشْتَرِي ملَكَه عَلىٰ الفسادِ، فإنْ تصرَّفَ فيهِ تَصرُّفًا لا يَلْحَقُه الفَسْخُ، كالعتقِ والتَّدْبيرِ والاِسْتِيلادِ؛ لا يُفْسَخُ ويلْزمُه، والمُكْرَهُ[1] بالخيارِ: إن شاءَ رَجَعَ علىٰ المكرِه، ورجَعَ المكرِه علىٰ المُشْتَرِي، وإن شاءَ رجعَ عَلىٰ المُشْتَرِي، وإنْ تصرَّفَ فيه تَصَرُّفًا يَلْحَقُه الفَسْخِ، كَالبَيْعِ، والكِتَابَةِ، والإجَارَةِ ونحوِها؛ فلَه أن يفسخَها، بخلافِ سائرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ أنَّ تصَرُّفَ المُشْتَرِي لا يُفْسَخُ.

ولوْ أنَّ المُشْتَرِي منَ المكرِه باعَه مِن آخرَ، ثمَّ باعَه المُشْتَرِي الثاني مِن آخَرَ حتَّىٰ تداوَلَته الأيدي؛ فله أنْ يَفْسَخَ العُقُودَ كلَّها، وأيّ عقْدٍ أجازَه جازَتِ العُقُودُ كلُّها؛ لأنَّ العُقُودَ كلَّها كانَت نافذةً، إلَّا أنَّه كانَ لَه حقُّ الفَسْخِ لعدَمِ الرِّضا، فلَمَّا أقدَمَ علىٰ إجَازَةِ بعضِها نَفَذَتْ وزالَ الإكْرَاهُ، فجازَ العقدُ الأوَّلُ، فجازَتِ العُقُودُ كلُّها.

وهذا بخِلافِ الغَصْبِ، وهو أنَّ الغَاصِبَ إذا باعَ، والمُشْتَرِي باعَ مِن آخرَ حتَّىٰ تداولَتِ الأيدي؛ فالمَغْصُوبُ منهُ أيّ عَقْدٍ أجازَه جازَ ذلِكَ العقْدُ خاصَّةً، ولوْ ضمَّنَ أحدَهُم جازتِ العُقُودُ الَّتي بعْدَه دونَ ما كانَ قَبْلَه؛ لأنَّ العُقُودَ كلَّها غيرُ نافذةٍ، فتوقَّفَتِ العُقُودُ كلُّها علىٰ إجازتِه، فإذا أجازَ شيئًا مِن ذلِك جازَ خاصَّةً، فإن لم يُجِز ولكِن ضَمَّنَ جازَتِ العُقودُ كلُّها الَّتي كانَتْ بعدَه؛ لأنَّ في التَّضمينِ تَمليكًا، فيسْتَنِدُ بالضَّمَانِ إلىٰ وَقْتِ الجِنَايَةِ، فيَمْلِكُهُ مِن ذلك الوقتِ، فتجوزُ العُقُودُ الَّتي كانتْ بعدَه»[2]. كذا في «**شرْح الطَّحَاوِيِّ**».

---

(١) وقع بالأصل: «المُكْره»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٦١].

إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْبَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ الْبَائِعُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهَا لِحَقِّ الشَّرْعِ ، وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ الْعَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ ، أَمَّا هُنَا الرَّدُّ لِحَقِّ الْعَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الْأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا ؛ [١٣٨/ر] يَجْعَلُهُ كَبَيْعِ الْمُكْرَهِ حَتَّى يَنْقَضَّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ ، لِأَنَّ الْفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا ، وَمِنْهُمْ مِنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ الْمُتَعَاقِدِينَ ، وَمِنْهُمْ مِنْ جَعَلَهُ بَاطِلاً ؛ اِعْتِبَارًا بِالْهَازِلِ وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الْأَحْكَامِ عَلَى مَا هُوَ الْمُعْتَادُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

غاية البيان

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ) ، استثناءٌ مِن قولِه: (كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ) ، ذكرَه للفرقِ بينَ الإِكْرَاه [٥٥/٣ر] والبَيْعِ الفَاسِدِ.

يعْني: أنَّ في صورةِ الإِكْرَاهِ للمُكْرِهِ حقَّ الفَسْخِ بِجميعِ تصرُّفاتِ المُشْتَرِي ، وإنْ تداوَلَتِ الأيْدي ، إذا كانَ التصرُّفُ مما يحتملُ الفَسْخَ ، وفي صورةِ البَيْعِ الفَاسِدِ ليسَ لِلبَائِعِ أَنْ يَنْقضَ تصرُّفَ المُشْتَرِي إلَّا الإِجَارةَ[١] ، فإنَّه ينْقُضُها ، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا ؛ يَجْعَلُهُ كَبَيْعِ المُكْرَهِ) ، أَرادَ بِه ما يُسَمِّيهِ أَهلُ بُخَارَىٰ وسَمَرْقَنْد: بَيْعَ الوفاءِ.

وصورتُه: أَن [٤١٦/٦ظ/م] يقولَ البَائِعُ للمُشْتَرِي مثلًا: بِعْتُك هذا الكَرْمَ بهذا الثَّمَنِ ، فمَتىٰ دفعْتُ إليكَ ثمنَك ؛ تدفعُ إلَيَّ الكَرْمَ ، فقَبِلَ المُشْتَرِي ذلِك ، ففيهِ اختلافُ المشايخِ ﷺ:

(١) وقع بالأصل: «الإجازة» ، والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

قَالَ: فَإِنْ كَانَ قَبضَ الثَّمَنَ طَوْعًا ؛ فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الْإِجَازَةِ

قالَ بعضُهم: البَيْعُ فَاسِدٌ بمنزلةِ بَيْعِ المُكْرهِ، فكانَ لِلبَائِعِ حقُّ نَقْضِ بيعِ المُشْتَرِي وهِبَتِه ؛ لأنَّه بَيْعٌ بشَرْطٍ فَاسِدٍ، وإليْه ذهبَ الصدرُ الشهيدُ حسامُ الدِّينِ، والإمامُ ظهيرُ الدِّينِ المَرْغِينَانِيُّ، وظهيرُ الدِّينِ إسحاقُ الوَلْوَالِجِيُّ وجماعةٌ آخرونَ ﷺ[1].

ومنهُم مَن جعَلَه رهْنًا نظرًا إلىٰ قَصْدِ العَاقِدَيْنِ ؛ لأنَّهما قصَدا أن يكونَ المَبِيعُ مَحبوسًا بِالثَّمَنِ المؤدَّىٰ إلىٰ حينِ رَدِّ الثَّمَنِ إلىٰ المُشْتَرِي، فكانَ رَهْنًا معْنًى.

ونَقَلَ في «خلاصة الفتاوىٰ» عَن فتاوىٰ نجْمِ الدِّينِ النَّسَفِيِّ ﷺ: أنَّ حُكْمَ بَيْعِ الوفاءِ حُكْمُ الرَّهْنِ[2].

وقالَ بعضُهم: إنَّه باطلٌ كبَيْعِ الهازِلِ.

وقالَ مشايخُ سَمَرْقَنْد ﷺ: إنَّه بَيْعٌ جائزٌ مُفيدٌ لبعضِ الأحْكامِ، وهوَ التصرُّفُ دونَ البَعضِ، وهوَ البَيْعُ والهِبَةُ مِن آخرَ، وهوَ المعْتادُ عندَهُم لحاجةِ النَّاسِ إلىٰ ذلِك ؛ لأنَّهم في عُرْفِهم لا يَفْهمونَ لُزومَ البَيْعِ بِهذا الوجْهِ، بلْ يُجَوِّزونَه[3] إلىٰ أنْ يَرُدَّ البَائِعُ الثَّمَنَ إلىٰ المُشْتَرِي، ويَفِي المُشْتَرِي برَدِّ المَبيعِ إلىٰ البَائِعِ أيضًا، ولا يمْتَنِعُ عَن الرَّدِّ، فلِهذا سَمَّوهُ بَيْع الوفاءِ ؛ لأنَّه وفَّىٰ بما عَهِدَ مِن رَدِّ المَبِيعِ.

والأصحُّ عندِي: أنَّه بَيْعٌ فَاسِدٌ، يُوجِبُ المِلْكَ بعدَ القبْضِ، وحُكْمُه حُكْمُ سائِرِ البُيوعِ الفَاسِدَةِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ بشَرْطٍ لا يَقتضيهِ العقدُ، وقَد نَهَىٰ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ[4].

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ قَبضَ الثَّمَنَ طَوْعًا ؛ فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» [٦/٣١٧].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/١٨٨].

(٣) وقع بالأصل: «يجوز»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) مضىٰ تخريجه.

كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بِأَنَّ كَانَ الْإِكْرَاهُ عَلَى الْبَيْعِ لَا عَلَىٰ الدَّفْعِ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهُهُ عَلَىٰ الْهِبَةِ وَلَمْ يُذْكَرْ الدَّفْعُ فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُكْرَهِ الِاسْتِحْقَاقُ لَا مُجَرَّدَ اللَّفْظِ، وَذَلِكَ فِي الْهِبَةِ بِالدَّفْعِ وَفِي الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ عَلَىٰ مَا هُوَ الْأَصْلُ، فَدَخَلَ الدَّفْعُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَىٰ الْهِبَةِ دُونَ الْبَيْعِ.

قَالَ: وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا؛ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي

غاية البيان

في «مختصره»[1]، وذلك لأنَّ عقدَ البَيْعِ يتعلَّقُ بِه الاستِحْقاقُ، وغرضُ المُكرِهِ مِن الإِكْرَاهِ على البَيْعِ أَن يفْعلَ المُكْرَهُ ما يتعلَّقُ بِه الاستحْقاقُ، فإذا باعَ حصَلَ الغَرَضُ، فلَمْ يكُنِ القبضُ مُكرهًا عليهِ، فإذا قبضَ الثَّمَنَ بعدَ ذلك بِلا إِكْرَاهٍ؛ كانَ ذلِك دليلًا علىٰ رضاهُ بالبَيْعِ السَّابقِ، فكانَ القبضُ إِجازَةً دلالةً كما في البَيْعِ الموْقوفِ إذا قبضَ المالكُ الثَّمَنَ؛ كانَ إِجَازَةً، فكذا هُنا.

وكذلِك إذا سَلَّمَ المَبيعُ طَوْعًا بعدَ أن أُكْرِهَ علىٰ البَيْعِ، لا عَلىٰ التَّسْليمِ؛ كانَ إِجَازَةً أيضًا، بخِلافِ ما إذا أكْرَهَه علىٰ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ، لا علىٰ [٣/٥٥ظ] التَّسْلِيمِ، كانَ إِجَازَةً أيضًا، فوهبَ وتصدَّقَ، ثمَّ [سَلَّمَ][2] بِلا إِكْرَاهٍ علىٰ التَّسْليمِ؛ لا يَكونُ التَّسْليمُ إِجَازَةً؛ لأنَّ صِحَّتَها موْقوفةٌ علىٰ القَبضِ، فكانَ الإِكْرَاهُ علىٰ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ إِكْراهًا عَلىٰ تسْليمِهما.

قولُه: (حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا)، أرادَ بِالباطِلِ: الفَاسِدَ؛ لأنَّه يَثْبُتُ المِلْكُ مِلْكًا فاسدًا بالقبضِ.

قولُه: (وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا؛ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

يَدِهِ؛ لِفَسَادِ العَقْدِ.

قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرِ مُكْرَهٍ؛ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبَائِعِ مَعْنَاهُ وَالبَائِعُ مُكْرَهٌ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ.

وَلِلمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ إِنْ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِتْلَافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ الْبَائِعِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَيَضْمَنُ أَيُّهُمَا شَاءَ كَالْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الْغَاصِبِ، فَلَو ضَمِنَ الْمُكْرَهُ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيمَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْبَائِعِ، وَإِنْ ضَمَّنَ المُشْتَرِيَ نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ ....

غاية البيان

يَدِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[1]، أيْ: إنْ قبضَ الثَّمَنَ مُكرهًا؛ لا يكونُ ذلك إجَازَةً للبَيْعِ، وعلى [٦/٤١٧و/م] القابضِ رَدُّه إنْ كانَ قائمًا، وإنْ كانَ هالكًا فَلا؛ لأنَّه هلَكَ أمانةً، وقدْ مَرَّ بيانُه قبْلَ هذا.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرِ مُكْرَهٍ؛ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبَائِعِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وإنَّما يَضْمَنُ المُشْتَرِي قِيمَةَ المَبِيعِ للبَائِعِ الَّذي هوَ مُكْرَهٌ؛ لأنَّه مَقبوضٌ بحُكْمِ بَيْعٍ فَاسِدٍ، فكانَ مَضْمُونًا عليهِ بالقِيمَةِ.

قولُه: (وَلِلمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ إِنْ شَاءَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[2]، يعْني: أنَّ للمُكْرَهِ خيارًا في التَّضمينِ، إنْ شاءَ ضَمَّنَ المُشْتَرِي، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُكْرِهِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما أحدَثَ سببَ الضَّمَانِ، وقَد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَإِنْ ضَمَّنَ المُشْتَرِيَ نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ [لَوْ تَنَاسَخَتْهُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٩].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

الْعُقُودُ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ، وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ الْمُكْرَهُ عَقْدًا مِنْهَا حَيْثُ يَجُوزُ مَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَهُوَ الْمَانِعُ فَعَادَ الْكُلُّ إِلَى الْجَوَازِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

الْعُقُودُ)، يعْني: في صورةِ الغَصْب إذا تداولَتِ الأيدي][1] وتَناسخَتِ العُقُودُ، بأنْ باعَ هذا مِن ذاكَ وذاكَ مِن آخرَ، ثمَّ ضَمَّنَ المالكُ المُشْتَرِيَ الثَّاني مثلًا؛ نَفَذَ كلُّ شراءٍ بعدَ شِراءِ الثَّاني؛ لأنَّه مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ، فتبيَّنَ أنَّه باعَ مِلْكَ نفسِه، ولا يَنْفُذُ ما كانَ مِن الشِّرَاءِ قبْلَ شِراءِ الثَّاني؛ لأنَّ استِنادَ المِلْكِ إلى وَقْتِ الضَّمَانِ لا غيرُ، بخِلافِ البَائِعِ المُكْرِهِ إذا أجازَ بعضَ العُقُودِ يَنْفُذُ الكلُّ؛ لأنَّ العقدَ موقوفٌ على الإِجَازَةِ، فلَمَّا وُجِدَتْ جازَ الكلُّ، وقد رَوَيْنَاهُ عن «شرح الطَّحَاوِيِّ» قبْلَ هذا.

واللهُ أعلَمُ بِالصَّوابِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَصْــلٌ

وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ، أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، أُكْرِهَ عَلَىٰ ذَلِكَ بِحَبْسٍ، أَوْ ضَرْبٍ، أَوْ قَيْدٍ؛ لَمْ يَحِلَّ، إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَىٰ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

فَصْــلٌ

وإنَّما فصَلَ بفَصْلٍ؛ لأنَّ ما تقدَّمَ ممَّا يَحِلُّ فِعْلُه قبْلَ الإِكْرَاهِ، ومسائلُ الفصلِ لَيستْ كذلِكَ؛ لأنَّها محْظورةٌ قبلَ الإكراهِ في حالةِ السَّعةِ، وبعدَ الإِكْرَاهِ بعْضُها محظورٌ [فِعْلُها][1]، وبعضُها يَحِلُّ، وسَيَجِيءُ بيانُه إنْ شاءَ اللهُ تَعالىٰ.

قولُه: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ، أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، أُكْرِهَ عَلَىٰ ذَلِكَ بِحَبْسٍ، أَوْ ضَرْبٍ، أَوْ قَيْدٍ؛ لَمْ يَحِلَّ، إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَىٰ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ)، هذا لَفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه». وتمامُه فيهِ: «ولا يَسَعُه أنْ يصبرَ علىٰ ما تُوعِّدَ بِه، فإنْ صبَرَ حتَّىٰ أوْقَعوا بِه ولم يأكلْ؛ فهُو آثِمٌ»[2].

قالَ صاحبُ «الهِدايةِ» ﷺ: (وَكَذَا عَلَىٰ هَذَا: الدَّمُ وَلَحْمُ الخِنْزِيرِ)، يعْني: إذا أُكْرِهَ علىٰ شُرْبِ الدَّمِ، وأكْلِ لحْمِ الخِنْزِيرِ؛ لا يَحِلُّ لَه إلَّا إذا خافَ التَّلَفَ.

قالَ في «الأَصْلِ»: «لوْ أنَّ قومًا مِن اللُّصُوصِ مِنَ المسلمينَ غَيرِ المتأَوِّلِينَ، أوْ مِن لصوصِ أهلِ [٦٦/٣و] الذِّمَّةِ اجْتَمعوا فغلَبوا علىٰ مِصْرٍ مِن أمصارِ المسلمينَ، وَأَمَّرُوا عليهِمْ أَميرًا، فأخَذوا رَجُلًا، وقالُوا لَه: لنَقْتُلَنَّكَ أوْ لتشربنَّ هذه الخَمْرَ، أو لتأْكُلَنَّ هذِه المَيْتَةَ، أو لتأْكُلَنَّ لحْمَ هذا الخِنْزِيرِ؛ كانَ في سَعةٍ مِن تناوُلِه»[3]، بل

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٩].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/ ٣٠٥ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَكَذَا عَلَىٰ هَذَا الدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ، لِأَنَّ تَنَاوُلَ هَذِهِ الْمُحَرَّمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي [١٣٨/ظ] الْمَخْمَصَةِ لِقِيَامِ الْمُحَرَّمِ فِيمَا وَرَاءَهَا، وَلَا ضَرُورَةَ

يُفترضُ عليه التناوُلُ إذا كانَ في غالِبِ رأيِه أنَّه متَى لمْ يتناوَلْ ذلِك قُتِلَ، وذلِك لقولِه تعالىٰ في سورَة «البقَرة»: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ [٤١٧/٦ظ/م] فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة البقرة: ١٧٣]، وقالَ في سورة «المائدة»: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ﴾، إلىٰ أن قالَ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة المائدة: ٣].

وقالَ تَعالىٰ في سورَة «الأنعام»: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام: ١١٩].

وقالَ تَعالىٰ في «الأنعام» أيضًا: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة الأنعام: ١٤٥].

وقالَ في سورَة «النَّحل»: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة النحل: ١١٥].

وَجهُ الاستِدْلالِ: أَنَّ اللهَ تَعالىٰ استثنىٰ حالةَ الضَّرورةِ، والمُسْتَثْنَىٰ يكونُ حُكْمُه أبدًا على خِلافِ حُكْمِ المُسْتَثْنَىٰ منهُ لا مَحالةَ، فيَحِلُّ المُسْتَثْنَىٰ، ولم يفْصِلْ بينَ أن تكونَ الضَّرورةُ بسبَبِ المَخْمَصَةِ، أوِ الإكْرَاهِ، فتناوَلَ النصُّ بإطْلاقِه

إِلَّا إِذَا خَافَ عَلَىٰ النَّفْسِ أَوْ الْعُضْوِ ، حَتَّىٰ لَوْ خِيفَ عَلَىٰ ذَلِكَ بِالضَّرْبِ ، وَغَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَىٰ مَا تَوَعَّدَ بِهِ ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّىٰ

غاية البيان

النَّوعَيْنِ جميعًا.

ثمَّ إذا أُكْرِهَ بحَبْسٍ أوْ قَيْدٍ أوْ ضَرْبٍ؛ لا يَخافُ مِن ذلِك تلَفَ النَّفسِ، أوِ العضوِ، لا تتَحَقَّقُ الضَّرورةُ، فَلا يَحِلُّ التَّناوُلُ، فإذا أُكْرِهَ بِما يخَافُ علىٰ النَّفسِ منهُ، أوْ علىٰ عضوٍ مِن أعضائِه؛ تحَقَّقَتِ الضَّرورةُ، فحلَّ التَّناوُلُ، وإذا امتنَعَ عَن ذلِك حتَّىٰ قُتِلَ كانَ آثمًا مُؤَاخَذًا بدمِه[١]؛ لأنَّ الاستثناءَ مِن الحَظْرِ إباحةٌ، فكانَتِ المَيْتَةُ ونحوُها حالَةَ الضَّرورةِ مُباحةً، فلوْ أُكْرِهَ علىٰ أن يأكُلَ شيئًا مباحًا مِن مالِه؛ لا يحلُّ لَه أنْ يُمَكِّنَ نفسَه مِن القتْلِ، بلْ يُفْتَرضُ عليْه التناوُلُ، فكذا هذا، إلَّا إذا كانَ الرَّجُلُ جاهلًا بِالإباحةِ حالةَ الضَّرورةِ، فلَمْ يتناوَلْه حتَّىٰ قُتِلَ.

قالَ محمَّدٌ ﵀: «رجَوْتُ أن يكونَ في سعةٍ مِن ذلِك»[٢]؛ لأنَّ في انكِشافِ الحُرمةِ عندَ الضَّرورةِ خفاءً، فعُذِرَ بالجهلِ حيثُ قصَدَ التَّحرُّزَ عَن مباشرةِ الحرامِ، هذا إذا كانَ في غالبِ رأيِه أنَّه يُفْعلُ بِه ما أُكْرِهَ بِه منَ القتلِ لوْ لم [٦٦/٣ظ] يتناولْ ما أُكْرِهَ عليْه، فأمَّا إذا كانَ في غالبِ رأيِه أنَّه يُمازحُه بذلِك، أوْ يُهَدِّدُه، ولا يُحَقِّقُ ذلِك؛ لا يُباحُ لَه التناوُلُ، بل يُحَكِّمُ رأْيَه؛ لأنَّه اشتبَه عليه أمْرٌ مِن أمورِ الدِّينِ، ولا يجدُ دليلًا آخرَ سِوىٰ التحرِّي، فيَعْمَلُ به كما في اشتباهِ القِبلةِ.

وقالَ في «الأصْل»[٣]: «إذا قالوا: لَنَضرِبَنَّكَ مائةَ سوطٍ أوْ لتأْكُلَنَّ هذهِ الأشْياءَ؛ فإنَّه يُحَكِّمُ رأيَه، فإنْ كانَ يَخافُ مِن ذلِك تلَفَ نفسِه، أوْ تلَفَ عضْوٍ مِن أعضائِه؛ حلَّ

---

(١) ينظر: «المبسوط» [٢٤/ ٥٠]، «بدائع الصنائع» [٧/ ١٧٦]، «الاختيار» [٢/ ١٠٧]، «تبيين الحقائق» [٣/ ١٨٥]، «درر الحكام» [٢/ ٢٧٠].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/ ٣٢٦ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: المصدر السابق، [٧/ ٣٢٥، ٣٤٤].

أَوْقَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالِامْتِنَاعِ مُعَاوِنًا لِغَيْرِهِ عَلَىٰ هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْثَمُ كَمَا فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ؛ لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ إِذْ الْحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا بِالْعَزِيمَةِ.

﴿ غاية البيان ﴾

له التَّناولُ، وإنْ كانَ غالبُ رأيِه أنَّه لا يَتلفُ بذلِك، ولا عضوٌ مِن أعْضائِه؛ فإنَّه لا يُباحُ لَه التَّناوُلُ».

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»: «ولم يُوَقِّتْ في ذلِك مقْدارٌ، بلْ فُوِّضَ ذلِك إلى رأيِ المُكْرَهِ على الضَّربِ؛ لأنَّ التَّقديرَ بمقْدارٍ [٦/٤١٨و/م] واحدٍ متعذِّرٌ في جميعِ النَّاسِ؛ لأنَّهم متفاوِتونَ في القُوَىٰ، واحتِمالِ الضَّرْبِ، فرُبَّ رَجُلٍ لا يحتملُ ـ لضَعْفِ جُثَّتِه ـ ضَرْبَ عشرةِ أسواطٍ، ويُخافُ عليْه مِن ذلِك التّلفُ، أوْ ذهابُ عضوٍ مِن أعضائِه، وآخرَ قويِّ الجُثَّةِ يحتملُ مائةَ سوطٍ، ولا يُخَافُ عليْه التَّلفُ، ولا ذهابُ عضوٍ مِن أعضائِه».

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ: «وبعضُ الناسِ قدَّرُوا بالأرْبعينَ الَّذي هو أدْنى الحدودِ؛ فإنَّه حَدُّ العبيدِ في القذْفِ وفي الشّرْبِ، فإنْ هَدَّدَه بضَرْبِ أربعينَ سوطًا؛ يُباحُ لَه التَّناولُ مِن هذِه الأشياءِ، وإنْ كانَ أقلَّ لا يباحُ لَه التّناولُ، وهذا التَّقديرُ لَيسَ بشيءٍ؛ لتفاوُتِ النّاسِ في احتِمالِ الضَّربِ؛ لأنَّ المعْتبرَ مِن الضَّربِ هوَ المتْلِفُ لِلنَّفسِ أو العضوِ».

ولِهذا قُلنا: لوْ هدَّدَه بضَرْبِ سَوْطٍ على العَينِ، أوْ على المَذَاكِيرِ تحقَّقَ الإِكْرَاهُ، فحَلَّ تناوُلُ هذِه الأشياءِ.

ثمَّ جنسُ هذِه المسائلِ على ثلاثةِ أوْجُه:

في وَجْهٍ: العَزِيمَةُ فيهِ الإقدامُ على ما أُكْرِهَ عليْه، ولوِ امتنَعَ حتَّى قُتِلَ يأْثَمُ، وهو شُرْبُ الخَمْرِ وتناوُلُ المَيْتَة، وما يَجْرِي مَجْراه، وقد مَرَّ بيانُ ذلِك.

قُلْنَا: حَالَةُ الِاضْطِرَارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ تَكَلَّمَ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا فَلَا مُحَرَّمَ فَكَانَ إِبَاحَةً لَا رُخْصَةً إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْثَمُ إِذَا عَلِمَ بِالْإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ،

وفي وَجْهٍ: يُرَخَّصُ الإقدامُ عليهِ معَ أنَّ العَزِيمَةَ هو الامتِناعُ، وهو إجْراءُ كلمةِ الكُفرِ، وسَبُّ النَّبِيِّ ﷺ وما هوَ كُفرٌ، أو استخفافٌ بالدِّينِ، حتَّىٰ لوْ أقدمَ عليْه ـ وهوَ مُكْرَهٌ ـ لا يُؤَاخَذُ بِه، ولوْ صبرَ حتَّىٰ قُتِلَ يكونُ مأجورًا.

وفي وَجْهٍ: العَزِيمَةُ هوَ الامتناعُ عنهُ، ولا يُرَخَّصُ في الإقدامِ عليْه بحالٍ، وهيَ قَتْلُ نفْسٍ معصومٍ مُحْتَرمٍ، أوْ قَطْعُ عضوٍ منهُ، والزِّنا لا يَحِلُّ لَه أنْ يُقْدِمَ عليه بحالٍ، وتناوُلُ مالِ الغَيرِ، أو إتْلافُ مالِه نظيرُ القسمِ الثَّاني، وسَيَجِيءُ كلُّ قِسْمٍ في موضعِه إنْ شاءَ اللهُ تَعالىٰ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرْح الكافي» في أوَّلِ كتابِ الإِكْرَاهِ: «هذا كتابٌ ظَهَرَ فيهِ كرامةُ محمَّدٍ ﵀ لَمَّا صَنَّفَ هذا الكتابَ ذَكَرَ السَّلاطِينَ فيهِ [٣/٧و] باسْمِ اللُّصُوص، فذُكِرَ عندَ الخليفةِ أنَّه صَنَّفَ كتابًا وسَمَّاكُم فيه لُصُوصًا، فبعَثَ أعوانَه إليه ليأخُذوا منهُ هذا الكتابَ، وينظُروا فيهِ، هلْ فعَلَ ذلِك؟ وكانَ له صَدِيقٌ بينَ يديْه[1]، فسعىٰ إليْه قبْلَ أنْ يأتِيَهُ أعوانُ الخليفةِ، فأخبَرَه بما يَجْرِي، فرَفعَ هذا الكِتابَ وألْقاهُ في بئرِ ماءٍ لَه في الدَّارِ، فدخَلَ الأعوانُ فلَمْ يجِدوا فيهِ هذا الكِتابَ، فخَرجوا مُعْتَذِرينَ، فلَمَّا خرَجوا مِنْ عندِه؛ اهتمَّ لذلِك اهتمامًا شديدًا؛ لأنَّه أجادَ في تأليفِه، فجاءَ إلىٰ رأسِ البئْرِ لِيَنْظُرَ هَل بَقِيَ شيءٌ مِن آثارِه؛ ليكونَ عَوْنًا له في تصنيفِه ثانيًا.

فنظَرَ فإذا صخرةٌ شاخِصةٌ في أسفلِ البئْرِ وقَعَ عليْها الكتابُ، ولم يبْتَلَّ ورَقُه منْهُ، فعندَ ذلِك ظهَرَ كَرامتُه وكرامةُ الأوْلياءِ حقٌّ، وهيَ مِن مُعجزاتِ نَبِيِّنا محمَّدٍ ﷺ؛

(١) وصَدِيقُ محمدٍ الذي كان بين يَدَي الخليفة: هو ابنُ سَماعة علىٰ ما بلَغَني، وهو مِن تلامذته، كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

. . . .

لأنَّه دلالةُ حقيَّةِ هذا الدِّينِ».

[٤١٨/٦ظ/م] **ثمَّ اعلَمْ:** أنَّ المريضَ مرضًا يخافُ منه الموتَ وهوَ صائمٌ، إنْ لم يأكلْ ويَشْربْ إذا أُكْرِهَ، فقيلَ [لَه][1]: لتُفْطِرَنَّ أوْ لنَقْتُلَنَّك، وهو يعلمُ أنَّ ذلِك يسَعُه، فأبَىٰ حتَّىٰ قُتِلَ؛ كانَ آثمًا، وكذلِك لوْ قيلَ لِلمسافِرِ في شَهرِ رمَضانَ ـ وهُو صائمٌ ـ: لتُفْطِرَنَّ وإلَّا لنَقْتُلَنَّكَ، فأبَىٰ أَن يُفْطِرَ ـ وهُو يعلمُ أنَّ ذلِكَ يسَعُه ـ كانَ آثمًا.

فرقٌ بينَ هَذا وبينَ المُكْرِهِ عَلىٰ الكُفرِ بالقَتلِ إذا أبَىٰ حتَّىٰ قُتِلَ وهُو يعْلمُ: أنَّ ذلِكَ يَسَعُه، فإنَّه يكونُ مأجورًا، ولا يكونُ آثِمًا، وكذلِكَ المُكْرَهُ عَلىٰ أخْذِ مالِ الغَيرِ بالقتلِ، وهُو يعْلَمُ أنَّ ذلِكَ يسعُه، فأبَىٰ حتَّىٰ قُتِلَ[2]؛ كانَ مأجورًا، وكذلِك المُحْرِمُ عَلىٰ قتْلِ الصَّيدِ إذا أُكْرِهَ بالقتلِ إذا امتنَعَ عَن الصَّيدِ حتَّىٰ قُتِلَ، وهوَ يعْلَمُ أنَّ ذلك يسَعُه؛ فإنَّه يكونُ مأجورًا شهيدًا.

وكذلِك المُكْرَهُ عَلىٰ تَرْكِ الصَّلاةِ المكْتوبةِ في الوقْتِ، إذا صلَّىٰ حتَّىٰ قُتِلَ، وهُو يعْلَمُ أنَّ ذلِك يسَعُه؛ كانَ مأجورًا، وكذلِكَ المقيمُ الصَّحيحُ البالِغُ، إذا أُكْرِهَ علىٰ الفِطرِ في شَهرِ رمَضانَ، فأبَىٰ حتَّىٰ قُتِلَ؛ كانَ مأجورًا.

والأصلُ في تخْريجِ هذِه المسائِلِ: أنَّ ما حرَّمَه النصُّ حالةَ الاختيارِ، ثمَّ أُبيحَ ذلِك حالةَ الاضطِرارِ، وهوَ مما يجوزُ أنْ يَرِدَ الشَّرْعُ بإباحتِه، كأكْلِ المَيْتَةِ، ولحْمِ الخِنْزيرِ، وشُرْبِ الخَمْرِ، وإباحةِ الفطرِ في رمَضانَ لِلمُسافِرِ، أوْ للمَريضِ إذا امتنَعَ عَن ذلِك؛ كانَ آثمًا إذا قُتِلَ؛ لأنَّه أتلَفَ نفْسَه، لا لإعْزازِ دِينِ اللهِ تَعالىٰ، فإنَّه ليسَ في التورُّعِ عَن المُباحِ إعْزازُ دِينِ اللهِ تعالىٰ، ومَن أتلَفَ نفْسَه، لا لإعْزازِ دِينِ اللهِ تَعالىٰ كانَ آثمًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «حتى قيل»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الْحُرْمَة خَفَاءً فَيُعْذَرُ بِالْجَهْلِ فِيهِ كَالْجَهْلِ بِالْخِطَابِ فِي أَوَّلِ الْإِسْلامِ وَفِي دَارِ الْحَرْبِ.

قَالَ: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللهِ ﷻ، أَوْ عَلَى سَبِّ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِقَيْدٍ، أَوْ حَبْسٍ، أَوْ ضَرْبٍ؛ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شُرْبِ الْخَمْرِ لِمَا مَرَّ، فَفِي الْكُفْرِ وَحُرْمَتِهِ أَشَدُّ وَأَوْلَى وَأَحْرَى.

غاية البيان

وما حَرَّمَه النصُّ حالةَ الاختيارِ، ثمَّ رخَّصَ حالةَ الاضطِرارِ، وليسَ هُو مما يجوزُ أنْ يَرِدَ الشَّرْعُ بإباحتِه، كالكُفرِ باللهِ تَعالى، ومَظالمِ العبادِ، إذا امتنَعَ فقُتِلَ[1]؛ كانَ مأْجورًا؛ لأنَّه بَذَلَ مُهْجتَه لإعْزازِ دِينِ اللهِ تَعالى، حيثُ تورَّعَ عنِ ارتِكابِ المُحَرَّمِ، ولذلِكَ ما ثبَتَ حُرمتُه بالنَّصِّ، ولم يَرِدِ النَّصُّ بإباحتِه حالةَ الضَّرورةِ، كالإكْراهِ على تَرْكِ الصَّلاةِ في الوقْتِ، وعلى الفطرِ في رمَضانَ لِلمُقِيمِ الصَّحيحِ إذا امتنَعَ عَن ذلِك فقُتِلَ؛ كانَ مأْجورًا؛ لأنَّه بذَلَ مُهجتَه لإعْزازِ دِينِ اللهِ تَعالى، وقَتْلُ الصَّيدِ [٣/٧٥ظ] للمُحْرِمِ كذلِكَ. هذا حاصِلُ ما ذكَرَه خُوَاهَرْ زَادَه في «مبْسوطه».

وقالَ في آخرِ كتابِ الإِكْراه من «الشامل»: «اضطرَّ إلى أكْلِ المَيْتَةِ وهُو مُحْرِمٌ، وقدرَ على صيدٍ؛ لا يقتلُه ويأكلُ المَيْتَةَ؛ لأنَّ حُرمةَ الصَّيدِ تامَّةٌ في حقِّ المُحْرِمِ مُطْلَقةٌ، والمَيْتَةُ حلالٌ في هذِه الحالةِ».

قولُه: (فِي أَوَّلِ الإِسْلامِ)، أيْ: في عهْدِ النَّبِيِّ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللهِ ﷻ، أَوْ عَلَى سَبِّ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِقَيْدٍ، أَوْ حَبْسٍ، أَوْ ضَرْبٍ؛ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[2]، وذلِك لأنَّ

(١) وقع بالأصل: «فقيل»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٩].

فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ: وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّي ، فَإِنْ أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ

الإِكْرَاهَ بِهذِه الأشْياءِ [٦/١٩٤و/م] إذا لم يكُنْ ثَمَّةَ خوْفُ التلَفِ علىٰ النَّفسِ ، أوْ علىٰ العُضوِ ؛ لا يكونُ مُلْجِئًا ، ولا يُعْتَبرُ إكْراهًا حتَّىٰ إذا أظهرَ الكفرَ بِاللهِ تعالىٰ ، أوْ سَبَّ الرَّسولِ - عَلَيه أفضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ - بهذا القدْرِ بِلا خوْفِ التَّلَفِ يَكْفُرُ وتَبِينُ منهُ امْرأتُه ؛ لأنَّ حُرمةَ الكُفرِ أشدُّ مِن حُرمةِ شُرْبِ الخَمْرِ وأكْلِ المَيْتَةِ ، فإذا لمْ يتَحقَّقِ الإِكْرَاهُ ثَمَّةَ ، فهُنا أوْلَىٰ ؛ لأنَّ حُرمةَ الكُفرِ لا تنكشِفُ بحالٍ ، ولا تُبيحُه الضَّرورةُ لِثبوتِها بالعقلِ والشَّرْعِ ، إلَّا إذا خافَ التلَفَ ، فحينئذٍ يُرَخَّصُ لَه إظهارُ الكفرِ باللِّسانِ ، وقلْبُه مُطمئنٌّ بالإيمانِ ؛ لأنَّ في الامتِناعِ عَن الكُفرِ فوَاتَ حقِّ المُكْرِهِ صورةً ومَعْنًىٰ ، وفي الإقدامِ عَلىٰ الكُفرِ فواتُ حقِّ اللهِ تَعالىٰ صورةً لا مَعْنًىٰ ؛ لقيامِ التَّصديقِ ، فرُخِّصَ الإقدامُ علىٰ الكفرِ لِصيانةِ مُهْجتِه ، وفيه نزَلَ قولُه تَعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾ [النحل: ١٠٦].

قالَ في «التَّيْسير»: «نزلَتِ الآيةُ في عَمَّارِ بنِ يَاسِرٍ ، خرَجَ مُهاجرًا إلىٰ رسولِ اللهِ ﷺ معَ جماعةٍ ، فأخذَهُم كفارُ مكَّةَ ، وقالوا: إنَّكُم تُريدونَ مُحمدًا ﷺ ، وعذَّبوهُم وأكْرَهوهُم علىٰ الكُفرِ ، فصبرَ بعضُهُم حتَّىٰ قُتِلَ ، وتكلَّمَ عَمَّارٌ بِما أكْرهوهُ عليْه وقلْبُه مُطمئنٌّ بالإيمانِ ، فخَلَّوا عنْه ، فلَمَّا قدمَ علىٰ رسولِ اللهِ ﷺ أخبرَه بذلِك ، فنزلَتِ الآيةُ ، وقالَ لَه النَّبِيُّ ﷺ: «إِنْ عَادُوا فَعُدْ»[1].

قولُه: (فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ: وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّي) ، هذا لفظُ

(١) أخرجه: ابن سعد في «الطبقات الكبير» [٧/٢٤٩] ، والحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» [٢/٣٨٩] ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٨/٢٠٨] ، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» [١/١٤٠] ، عَنْ أبي عُبَيْدَةَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ عَنْ أَبِيهِ ﷺ به نحوه.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه» ، وقال ابنُ حجر: «وإسناده صحيح إن كان محمَّد بن عمار سمعه من أبيه». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٧].

مُطْمَئِنٌّ بِالإِيْمَانِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ؛ لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ ﷺ حَيْثُ ابْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ»؟ قَالَ: مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ،

القُدُورِيِّ في «مختصره»[(١)]، وقد مَرَّ بيانُه.

وَالتَّوْرِيَةُ: أَنْ يُظْهِرَ خلافَ ما أَضْمَرَ في قلبِه، والمرادُ منهُ: إظْهارُ الكُفرِ باللِّسانِ معَ إضْمارِ الإيمانِ في القَلبِ.

وفي «الفائِق» «في حَديثِ رَسولِ اللهِ ﷺ: «كَانَ إِذَا أَرادَ سفرًا وَرَّىٰ بِغَيْرِه»[(٢)]. أي: كَنَّىٰ عنه وسَتَرَه»[(٣)].

قولُه: (لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ ﷺ).

وحديثُ عَمَّار: هوَ الَّذي رَوَيْنَاهُ عن «التَّيسير»، قالَ محمدُ بنُ إسْحاقَ ﷺ في تصْنيفِه في سيرة النَّبِيِّ ﷺ[(٤)]: «وكانتْ بنو مخْزومٍ يَخْرُجونَ بعَمَّارِ بنِ يَاسِرٍ وبأَبيهِ وأُمِّهِ ـ وكانوا أهلَ بيتِ إسْلامٍ ـ إذا حَمِيَتِ الظَّهِيرةُ يُعذِّبونَهم برَمْضاءِ مكَّةَ، فيَمُرُّ بهِم رَسولُ اللهِ ﷺ فيقولُ فيما بلَغَني: «صَبْرًا آلَ يَاسِرٍ مَوْعِدُكُمُ الجَنَّةُ» [٣/٨٠و]. فأمَّا أُمُّهُ فقتَلوها؛ تَأْبَىٰ إلَّا الإسْلامَ»[(٥)].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٩].

(٢) أخرجه: أخرجه: البخاري في كتاب الجهاد والسير/ باب من أراد غزوة فورَّىٰ بغيرها ومَن أحب الخروج يوم الخميس [رقم/ ٢٧٨٨]، ومسلم في/ باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه [رقم/ ٢٧٦٩]، من حديث كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ به.

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٤/ ١٦٠].

(٤) ينظر: «السيرة النبوية لابن إسحاق» تهذيب ابن هشام [٢/ ١٦٢].

(٥) أخرجه الحارث ابن أبي أسامة في: «مسنده» كما في «المطالب العالية» [١٦/ ٢٩٥]، ومن طريقه أبو نعيم في «حلية الأولياء» [١/ ١٤٠]، عَنْ سَالِمِ بْنِ أَبِي الجَعْدِ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ﷺ قَالَ: لَقِيتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ بِالبَطْحَاءِ فَأَخَذَ بِيَدِي، فَانْطَلَقْتُ مَعَهُ ﷺ فَمَرَّ بِعَمَّارٍ وبأُمِّ عَمَّارٍ ﷺ يُعَذَّبَانِ، فَقَالَ: «صَبْرًا آلَ يَاسِرٍ فَإِنَّ مَصِيرَكُمْ إِلَى الجَنَّةِ».

فَقَالَ: «فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ»، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل: ١٠٦]؛ وَلِأَنَّ بِهَذَا الْإِظْهَارِ لَا يَفُوتُ الْإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ فَوتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً فَيَسَعهُ الْمَيْل إِلَيْهِ.

غاية البيان

وقالَ [ابْنُ][1] إسْحاقَ أيضًا: «وحدَّثني حَكِيمُ بنُ جُبَيْرٍ عَن سَعيدِ بنِ جُبَيْرٍ، قالَ: قُلْتُ لعَبْدِ اللهِ بنِ عَبَّاسٍ: أَكَانَ الْمُشْرِكُونَ يَبْلُغُونَ مِنَ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ منَ العَذَابِ مَا يُعْذَرُونَ بِهِ فِي تَرْكِ دِينِهِمْ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَاللهِ إِنْ كَانُوا لَيَضْرِبُونَ أَحَدَهُمْ وَيُجِيعُونَهُ وَيُعْطِشُونَهُ حَتَّىٰ مَا يَقْدِرُ عَلَىٰ أَنْ يَسْتَوِيَ جَالِسًا مِنْ شِدَّةِ الضُّرِّ الَّذِي بِهِ، حَتَّىٰ يُعْطِيَهُمْ مَا سَأَلُوهُ مِنَ الفِتْنَةِ، حتىٰ يَقولوا لَه: اللَّاتُ وَالعُزَّىٰ إِلَٰهُكَ مِنْ دُونِ اللهِ؟ فَيَقُولُ: نَعَمْ، حَتَّىٰ إِنَّ الجُعَلَ[2] [٦/٤١٩ظ/م] لَيَمُرُّ بِهِمْ، فَيَقُولُونَ لَهُ: هَذَا الجُعَلُ إِلَٰهُكَ مِنْ دُونِ اللهِ؟ فَيَقُولُ: نَعَمْ؛ افْتِدَاءً مِمَّا يَبْلُغُونَ مِنْ جَهْدِهِم»[3].

وقالَ القُتَبِيُّ: «وسُميَّةُ: أُمُّ عَمَّارٍ أَوَّلُ شهيدٍ اسْتُشْهِدَ في الإسْلامِ، وَجَأَهَا[4] أبو جَهلٍ بحَرْبَةٍ فماتَتْ، وشَهِدَ عَمَّارٌ صِفِّينَ معَ عَلِيِّ بنِ أبي طالبٍ ﷺ، فقُتِلَ ودُفِنَ هُناكَ، وصلَّىٰ عليْه عَلِيٌّ ﷺ ولم يُغَسِّلْه. وقُتِلَ سَنةَ سبعٍ وثَلاثينَ وهُو ابنُ ثلاثٍ وتِسعينَ سَنةً ﷺ»[5].

قولُه: (إِنْ عَادُوا فَعُدْ)، أيْ: إنْ عادَ الكفارُ إلىٰ الإِكْراهِ؛ فعُدْ إلىٰ طُمأنينةِ القَلبِ بِالإيمانِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) الجُعَل: دَابَّةٌ سَوْدَاء مِن دَوَابِّ الأَرض. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١١/١١٢ /مادة: جعل].

(٣) أخرجه: ابن إسحاق في «السيرة النبوية/ تهذيب ابن هشام» [٢/١٦٣]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٨/٢٠٩]، ومحمد بن عبد الله المظفري الشافعيّ في «جزء فيه منتقًى مِن سيرة ابن هشام /ضمن مجموع مطبوع باسم الفوائد لابن منده» [٢/٢٩١]، حَدَّثَنِي حَكِيمُ بْنُ جُبَيْرٍ بإسناده به.

(٤) أي: ضربها.

(٥) ينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/٢٥٦ - ٢٥٨].

قَالَ: فَإِنْ صَبَرَ حَتَّىٰ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرِ الكُفْرَ؛ كَانَ مَأْجُورًا؛ لِأَنَّ خُبَيْبًا ﷺ صَبَرَ عَلَىٰ ذَلِكَ حَتَّىٰ صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، ....

غاية البيان

يعْني: فاثْبُتْ على الطمأْنينةِ، وهُو أمْرٌ بالثباتِ علىٰ ما كانَ، لا أمْرٌ بِما ليسَ بِكائنٍ مِن الطُّمأنينةِ، كما في قولِه تَعالىٰ: ﴿ٱهۡدِنَا ٱلصِّرَٰطَ﴾ [الفاتحة: ٦].

أوْ معْناهُ: إنْ عادوا إلىٰ الإكْراهِ ثانيًا؛ فعُدْ أنتَ إلىٰ مثلِ ما أَتَيْتَ بِه أوَّلًا مِن إجْراءِ كلمةِ الكُفرِ علىٰ اللِّسانِ وطُمأنينةِ القلبِ بالإيمانِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ صَبَرَ حَتَّىٰ قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرِ الكُفْرَ؛ كَانَ مَأْجُورًا)، أيْ: قالَ القُدوريُّ ﷺ في «مختصره»[1].

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»: «والأصْلُ في ذلِكَ: ما رُوِيَ: أنَّ خُبَيْبًا لَمَّا أَخذَه كُفّارُ مكَّةَ وأكْرهوهُ على الكُفرِ؛ صَبَرَ حتَّىٰ صُلِبَ».

وقِصَّتُه: أنَّهم لَمَّا أرادوا صَلْبَه استأذَنَ منهُم، فصلَّىٰ رَكْعتينِ، ثمَّ قالَ: لوْلا أنَّكم تَقولونَ: إنِّي أَفزَعُ مِن الموْتِ زِدْتُ، ثمَّ رفَعَ بصَرَه فلَمْ يَرَ فيهِمْ إلَّا رَجُلًا بيدِه سيفٌ، أوْ قَوْسٌ، أوْ عَصًىٰ، ثمَّ قالَ: اللَّهمَّ بَلِّغْ محمَّدًا وأصْحابَه منِّي السَّلامَ، ثمَّ دعا علىٰ الكفَّارِ وقالَ: اللَّهمَّ أَحْصِهِمْ عددًا، وأهْلِكْهُم بِدَدًا، ولا تُبْقِ منهُم أحدًا، فبلَغَ ذلِكَ رَسولَ اللهِ ﷺ، فقالَ: «وَعَلَيْهِ السَّلامُ»[2]، ثمَّ قالَ: «إنَّ خُبَيْبًا مِن أفْضَلِ الشُّهَدَاءِ يَوْم القِيَامَةِ»[3].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠].

(٢) أي: وعلىٰ خُبَيْب، كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) هذه القصة مشهورة، سيأتي تخريجُها بعد قليل في سياق أطول، أمَّا قوله: «إنَّ خُبَيْبًا مِن أفْضَلِ الشُّهَدَاءِ يَوْم القِيَامَةِ»! فلَمْ نظفَر بهذا في شيء مِن المصادر المُسْندة التي بين أيدينا، وقد ذكره المرغيناني في «الهداية» فقال: «سَمَّاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ، وَقَالَ فِي مِثْلِهِ: «هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ»، قال العيني: «هذا الحديث بهذا الوجه لَمْ يَثْبُت، وقَتْلُ خُبَيْب في «صحيح البخاري» في مواضع، وليس فيه أنه صُلِب ولا أنه أُكرِه، ولا أنَّ النبي ﷺ سمَّاه سيِّد الشهداء، ولا قال فيه: =

. . . .

وهذا بِخِلافِ الإِكْرَاهِ علىٰ شُرْبِ الخَمْرِ، وأَكْلِ المَيْتَةِ، ولحْمِ الخِنْزِيرِ، حيثُ يكونُ آثمًا بالامتِناعِ لِوجودِ الاستِثناءِ؛ لِقولِه تَعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، وهذا لأنَّ الاستِثناءَ مِنَ الحَظْرِ إباحةٌ، والتَّورُّعُ مِنَ المُباحِ[1] ليس بإِعْزازٍ لدِينِ اللهِ تَعالىٰ، بخِلافِ الاستِثْناءِ في قولِه تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]. لأنَّ الاستثناءَ ثَمَّةَ مِنَ الغضَبِ، فلا يلزمُ مِن انتفاءِ الغضبِ ثبوتُ الحِلِّ، وهذا هوَ المُرادُ مِن قولِه: (**بِخِلافِ مَا تَقدَّمَ**)، أيْ: مِن مسْألةِ شُرْبِ الخَمْرِ، وأَكْلِ المَيْتَةِ.

[٨/٣ظ] **وقالَ ابنُ شاهينَ في كتابِ «المعْجَم»** بإسنادِه إلىٰ الزُّهْرِيِّ قالَ: «أَوَّلُ مَنْ سَنَّ الرَّكْعَتَيْنِ عَنِ القَتْلِ خُبَيْبٌ»[2].

ثمَّ قالَ ابنُ شاهينَ: بإسْنادِه إلىٰ زيْدِ بنِ إسْحاقَ: «إنَّ أبا الأَقْلَحِ عاصمَ بنَ ثابتِ بنِ قيسٍ مِن بني عَمْرِو بنِ عوْفٍ، وخُبَيْبَ بنَ عَدِيِّ بنِ ربيعٍ مِن بَني عَمْرِو بنِ عَوْفٍ، وزيدَ بنَ دَثِنَةَ مِن بني بَيَاضَةَ، خرَجوا في جيشٍ مِن جيوشِ رَسولِ اللهِ ﷺ، حتَّىٰ ورَدوا ماءً مِن مياهِ بَني لَحْيَانَ، يُقالُ لَه: الرَّجِيعُ[3]، أمامَ عُسْفَانَ.

= «هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ». وكذلك قال الزيلعي وابنُ حجر. ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٢٠٧]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٧]، و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [١١/٥٤].

أمَّا قولُه ﷺ: «وَعَلَيْهِ السَّلامُ». فهذا ورَد عند سعيد بن منصور في «سننه» [٢/٢٩٩]، وأبو نعيم في «دلائل النبوة» [١/٥٠٩]، والبيهقي في «دلائل النبوة» [٣/٣٣١]، عَنْ بُرَيْدَةَ بْنِ سُفْيَانَ الأَسْلَمِيِّ في سياق قصة.

(١) وقع بالأصل: «بالمباح»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ورَد هذا في حديث أبي هريرة الطويل في قصة مقتل خُبَيب ﷺ.

(٣) الرَّجِيعُ ـ بفَتْح الراء وكَسْر الجيم ـ: ماءٌ لبَني لَحْيان مِن هُذَيل بين مكة وعُسْفان، وهو شمال مكة علىٰ ما يقْرب مِن ٦٥ كيلًا، ويُعْرف اليوم بـ«الوطية». ينظر: «الروض المعطار في خبر الأقطار»=

. . . .

فخَرجوا سَرِيَّةً مِن أصْحابِهم وطَلِيعةً لهُم، فوجدَ بعضُ أهلِ تِلكَ الأرضِ آثارَهُم [٦/٢٠٤و/م] فأنكَروهُ، فاسْتَقْفَوْا علىٰ الأثرِ، فاجتمَعَ [إليْه][1] ناسٌ كثيرٌ وأخَذوا السِّلاحَ، ثمَّ رحَلوا علىٰ آثارِهِم، فأدْرَكوهُم قريبًا مِن الرَّجِيعِ، فقالَ لهُم المشْركونَ: ليسَ لكُم بِنا طاقةٌ، وقَد تَرَوْنَ كثْرَتَنا، وليسَ لنا بقَتْلِكُم حاجةٌ، فإنْ تُلْقوا السلاحَ نُؤَمِّنْكُم مِن القتلِ، ولنْ نُحْدِثَ فيكُم شيئًا حتَّىٰ يبْلُغَ صاحِبَكُم خبَرُكُم فيَسْتَفْدِيَكُم أوْ يَدَعَ، فطرَحَ خُبَيْبٌ وزيدٌ سِلاحَهُما، وأبَىٰ عاصمٌ، فقتَلَ رَجُلَيْنِ بالنَّبْلِ قبْلَ أنْ يَصِلوا إليْه، ثمَّ غَشُوه فاخْتَرَطَ سيْفَه، فقتَلَ الثالثَ وقتَلوه.

ثمَّ عمدَ المشْركونَ إلىٰ صاحِبَيْهِ خُبَيْبٍ وزيدٍ، فغدَروا بِهِما، ولم يُوفوا لهُما بعهْدٍ، فباعوهُما بمكَّةَ، فخرجَ المشْركونَ بِخُبَيْبٍ ليَقْتلوهُ، ونصَبوا لَه خشبةً ليصْلبوهُ، ثمَّ خيَّرُوهُ فَقالوا: إنْ رجعْتَ إلىٰ دِينِ آبائِك؛ أكرَمْناكَ وأنكَحْناكَ، وإنْ ثبتَّ عَلىٰ صَبْوتِكَ صَلَبْناكَ عَلىٰ هذِه الخشبةِ، فأبَىٰ إلَّا الثباتَ علىٰ دِينِه وحُبَّ الإسْلامِ، فقالَ:

فَلَسْـتُ أُبَـالِي حِـينَ أُقْتَـلُ مُسْـلِمًا * عَلَىٰ أَيِّ شِـقٍّ كَـانَ لِلَّـهِ مَصْـرَعِي[2]
وَذَلِـكَ فِـي ذَاتِ الإِلَـهِ وَإِنْ يَشَـأْ * يُبَـارِكْ عَلَـىٰ أَوْصَـالِ شِـلْوٍ مُمَـزَّعِ[3]

= للحميري [ص/٢٦٧]، و«معالم مكة التأريخية والأثرية» لعاتق بن غيث [ص/١١١].
وجاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»: «لَحْيَان: بطْن مِن هُذَيل، والرَّجِيع: ماء مِن مياه هُذَيل».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «مضجعي»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) الأوصال: المَفاصِل، والشِّلْو: العضو، والتمْزِيع: التفريق، كذا جاء في حاشية: «ج»، و«س».
وإلىٰ هذا القدر من القصة: أخرجه: البخاري في كتاب الجهاد والسير/ باب هل يستأسر الرجل ومن لم يستأسر ومن ركع ركعتين عند القتل [رقم/ ٢٨٨٠]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب السير/ باب توجيه العيون والتولية عليهم [رقم/ ٨٨٣٩]، وأحمد في «المسند» [٢/٢٩٤]، من حديث أبي هريرة ﷺ به نحوه.

وَقَالَ فِي مِثْلِهِ: «هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ»؛ وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ بَاقِيَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ.

غاية البيان

فقالَ المشْركونَ: إنَّه غيرُ تارِكٍ صَبْوتَه، فافْرَغوا منهُ، فقالَ: دَعوني أسْجُد ركْعتيْنِ، ثمَّ شأنُكم، فقالوا: اركَعْ ما بدا لَكَ، فرَكعَ خُبَيْبٌ ركعتيْنِ، ثمَّ قالَ: اللَّهمَّ إني لا أجدُ أحدًا يُبْلِغُ عنِّي نبيَّكَ محمَّدًا ﷺ منِّي السَّلامَ غيرَكَ! وإنَّك إنْ شِئْتَ فعلْتَ، وأنا أسْألُك ذلِك، ثمَّ صَلَبوهُ رضي الله عنه.

فبيْنما رسولُ اللهِ ﷺ ـ تِلكَ السَّاعةَ وهُو بِالمدينةِ ـ في نفَرٍ مِن أصحابِه؛ إذْ جاءَه جِبريلُ فَقالَ: إنَّ خُبَيْبًا قَد صُلِبَ، وقَد سألَ اللهَ ﷻ أنْ يُبْلِغَكَ منهُ السَّلامَ، وقد سَلَّمَ عليكَ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «وَعَلَيْكَ السَّلامُ وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ»، فقالَ أصحابُه: ما هذا يا رسولَ اللهِ؟ فقالَ: «هَذَا أَخُوكُمْ خُبَيْبٌ قَدْ أَخْرَجَهُ المُشْرِكُونَ مِنَ الحَرَمِ إلى التَّنْعِيمِ؛ لِيَصْلِبُوه فَرَكَعَ رَكْعَتَيْنِ، ثُمَّ سَأَلَ اللهَ تَعالى أَنْ يُبَلِّغَنِي مِنْهُ السَّلامَ فَفَعَلَ، فَجَاءَنِي جِبْرِيلُ فَبَلَّغَنِي عَنْهُ السَّلامَ، وَأَخْبَرَنِي بِمَخْرَجِهِمْ بِهِ، وَصَلْبِهِمْ إِيَّاهُ»، فعُلِمَ ذلِكَ اليومُ و[تِلك][1] السَّاعةُ، فوجَدوه اليومَ الَّذي أُخْرِجَ خُبَيْبٌ فيهِ، والسَّاعةَ [٣/٩و] الَّتي [صُلِبَ][2] فيها رضي الله عنه وأرضاه»[3].

قولُه: (وَقَالَ فِي مِثْلِهِ)، أيْ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ في مِثْلِ خُبَيْبٍ، أرادَ بالمِثْلِ: ذاتَه لا غيرَه، [كما][4] قالَ المُتنبِّي[5]:

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) لم نظفر به بهذا السياق، وأصلُ القصة ثابت مِن حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند البخاري كما سبَق.
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٥) في «ديوان» [ص/٥٥٩].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن المِثْل يُطْلَق ويُرَاد به: الذات لا غيره.

قَالَ: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ إتْلافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ منه عَلَىٰ نَفْسِهِ، أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَالَ الْغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا

غاية البيان

[مِثْلُكَ][1] يَثْنِي الحُزْنَ عَنْ صَوْبِهِ * وَيَسْتَرِدُّ الدَّمْعَ عَنْ غَرْبِهِ
وَلَمْ أَقُلْ مِثْلَكَ أَعْنِي بِهِ * سِوَاكَ يَا فَرْدًا بِلا مُشْبِهِ

يُخاطِبُ أبا شُجَاعٍ عَضُدَ الدَّوْلَةِ.

والصَّوْبُ: القَصْدُ. والصَّوْبُ: الإِصَابَةُ.

والغَرْبُ: مَجْرَىٰ الدَّمْعِ. كذا قالَه ابنُ الجِنِّي[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ إتْلافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ منه عَلَىٰ نَفْسِهِ، أَوْ عَلَىٰ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[3].

قالَ في «الأصل»: «ولوْ أَكرَهَ رَجُلٌ رَجُلًا حتَّىٰ يأخُذَ مالَ [٦/٤٢٠ظ/م] فُلانٍ فيدْفعُه إليْه، وكانَ الإِكْرَاهُ بوعيدِ تَلَفٍ، قالَ: رجوْتُ أن يَكونَ في سعةٍ مِن أخْذِ مالِه»[4]، وذلِكَ لأنَّ مالَ الغيرِ ممَّا يُستباحُ بِضرورةِ المَخْمَصَةِ، فكذا يُستباحُ بِالإِكْرَاهِ؛ لأنَّ في الإِكْرَاهِ ضَرورةً، فإنَّه يخافُ علىٰ نفسِه أوْ علىٰ عضوٍ مِن أعضائِه كما في المَخْمَصَةِ، ولكِن علَّقَه بالرَّجاءِ لأنَّ إباحةَ الأخذِ لمْ تَثْبُتْ بعينِ النَّصِّ، وإنَّما تَثْبُتُ استِدلالًا بإجْراءِ كلِمةِ الكُفرِ؛ لأنَّ حرمةَ الكُفرِ ممَّا لا يُباحُ بحالٍ كالظُّلمِ، وكانَ ورُودُ الرُّخصةِ في إجراءِ كلمةِ الكُفرِ ورُودًا في المالِ، وإنْ صبَرَ وقُتِلَ كانَ أفضلَ، وكانَ مأْجورًا لأخْذِه بالعَزِيمةِ؛ لأنَّ أخْذَ مالِ الغَيرِ مِنَ المظالِمِ، وحرمةُ الظلمِ لا تنْكَشِفُ ولا تُباحُ بحالٍ كالكُفرِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الفَسْر في شرح ديوان المتنبِّي» لابن جني [١/٦٤٣].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٣٠].
(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣٢٦ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

فِي حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ [١٣٩/ر] وَلِصَاحِبِ المَالِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ؛

غاية البيان

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله: «وفرَّقوا بينَ هذا وبينَ ما إذا كانَ في سفرٍ، فاشتدَّ جُوعُه، ومعَ رفيقِه طعامٌ، فلَمْ يأخُذْ منهُ حتَّىٰ ماتَ؛ فإنَّه يأثمُ، وههُنا إذا أُكْرِهَ علىٰ أخْذِ مالِ الغيرِ فلَمْ يأخُذْ حتَّىٰ قُتِلَ لم يأثَمْ».

ثُمَّ قالَ: «كانَ الفَقيهُ أَبو إسْحاقَ الحافِظُ رحمه الله[1] يَقولُ: لا فرْقَ بينَ المسألتَيْنِ، وتأويلُ ما قالَ في [المَخْمَصَةِ][2]: إنَّه يأثَمُ إذا كانَ صاحِبُ الطَّعامِ يُعطيهِ بالقِيمَةِ، ولمْ يأخُذْ ذلِك، بلْ صبَرَ حتَّىٰ ماتَ، ومَتىٰ كانتِ الحالةُ هذِه يأثَمُ، فأمَّا إذا كانَ لا يُعطيهِ أصلًا، ويتأذَّىٰ بأخْذِه، ولا تَطِيبُ نفْسُه بذلِك، فكَرِهَ أنْ يتأذَّىٰ أخوهُ بذلِك، فصبَرَ حتَّىٰ ماتَ؛ فإنَّه لا يأثَمُ كما في الإِكْرَاهِ، وفي الإِكْرَاهِ لوْ كانَ صاحبُ المالِ يُعطيهِ بالقِيمَةِ، فلَمْ يأخذْهُ حتَّىٰ ماتَ، نقولُ: إنَّه يأثَمُ، فإِذَنْ لا فَرْقَ بينَ المسألتَيْنِ مِن حيثُ المعْنىٰ».

قولُه: (وَلِصَاحِبِ المَالِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ)، أيْ: قالَ[3] القُدُورِيُّ في «مختصره»[4]، وذلِكَ لأنَّ فِعْلَ المُكْرَهِ فيما يصْلُحُ آلَةً للمُكْرِهِ يُنْقَلُ إلىٰ المُكْرِهِ، فصارَ كأنَّ المُكْرِهَ باشَرَه بنفسِه، فلزِمَه الضَّمانُ، بخِلافِ ما لا يصْلُحُ فيهِ آلَةً حيثُ[5]

---

(١) أبو إسحاق الحافظ: هكذا ترجموه بكُنْيته، ولم يذكروا مِن حاله شيئًا سوىٰ أنه كان أستاذ شيخ الإسلام علاء الأئمة الخياطي. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢/٢٣٨]، و«الطبقات السنية» للتميمي [ق٤٩٣/أ/ مخطوط مكتبة آيا صوفيا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٣٢٩٥)]، و«المِرْقَاة الوفيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيّ [ق/٧٨/أ/ مخطوط مكتبة رئيس الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النسخ: «هذا لفظ»، بدل: «أي: قال».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٣٠].

(٥) وقع بالأصل: «حتىٰ»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّ الْمُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَالإِتْلافُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ.

وَإِنْ أُكْرِهَ بِقَتْلٍ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ؛ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ، وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ مِمَّا لَا يُسْتَبَاحُ لِضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ.

قَالَ: وَالقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ إنْ كَانَ عَمْدًا.

غاية البيان

لا يُنْقَلُ، كالأكْلِ والوطْءِ والتَّكلمِ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أنْ يأكلَ بفَمِ غَيرِهِ، ولا أنْ يطأَ بآلةِ غيرِه، ولا أن يتكلَّمَ بلسانِ غيرِه.

ولهذا لوْ كانَ الإكْرَاهُ على إعْتاقِ عبْدِه؛ كانَ الضَّمَانُ علَى المُكْرِهِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ في حقِّ الإتْلافِ يصْلُحُ آلةً، ولكِنَّ الوَلاءَ للمُكْرَه؛ لأنَّه لا يصْلُحُ آلةً في حقِّ التكلُّمِ.

[٣/٩٩ظ] وهذا معْنى قولِه: (وَالإتْلافُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ)، أيْ: مِن قَبيلِ ما يصْلُحُ المُكْرَهُ فيهِ آلةً للمُكْرِهِ؛ لأنَّه يُمْكِنُه أن يأخُذَه فيضرِبُ بِه، ويُتْلِفُ بِه مالًا أوْ نفْسًا.

قولُه: (وَإِنْ أُكْرِهَ بِقَتْلٍ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ؛ لَمْ يَسَعْهُ[١] أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ، وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[٢].

والأصْلُ في هذا: أنَّ الإكْرَاهَ يُبيحُ ما تُبِيحُه الضَّرورةُ، وما لا تُبيحُه الضَّرورةُ فلا يُبيحُه الإكْرَاهُ، ثمَّ قتْلُ المسلِمِ لا يُباحُ لضرورةٍ، فكذا لا يُباحُ بالإكْرَاهِ.

قولُه: (قَالَ: وَالقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ إنْ كَانَ عَمْدًا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[٣].

(١) وقع بالأصل: «وَلَمْ يَسَعْهُ»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٣٠].
(٣) ينظر: المصدر السابق.

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ عَلَى الْمُكْرَهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِي: يَجِبُ عَلَيْهِمَا. لِزُفَرَ ﷺ أَنَّ الْفِعْلَ مِنَ الْمُكْرَهِ حَقِيقَةً وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ

غاية البيان

اعلَمْ: أنَّ المُكْرَه بوعيدِ تَلَفٍ على قتْلِ مسْلِمٍ إذا قتَلَه بِالسَّيفِ اخْتلَفوا في وجوبِ القِصَاصِ.

قالَ [٦/٤٢١و/م] أبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ ﷺ: يجِبُ القِصَاصُ عَلى المُكْرِهِ الآمِرِ [وَلا يُقْتَلُ المُكْرَهُ][1].

وقالَ زُفَر: يُقْتَلُ المُكْرَهُ المأمورُ، ولا يُقْتَلُ الآمِرُ.

قالَ أبو يوسُفَ ﷺ: لا يُقْتَلُ واحدٌ منهُما، وتجِبُ الدِّيَةُ في مالِ الآمِرِ، ولا شيءَ عَلى المأمورِ إلَّا الإثمُ، ولكِن يُعْذَرُ المأمورُ[2].

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يُقْتَلُ الآمِرُ والمأْمورُ جَميعًا[3]. كذا ذكَرَ شيخُ [الإسْلامِ][4] خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ وغيرُه.

وهكذا ذكَرَ عامَّةُ عُلمائِنا ﷺ في عامَّةِ الكتُبِ ـ الكَرْخِيُّ وغيرُه ـ قولَ محمَّدٍ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) قال الإسبيجاني: والصحيح قول أبي حنيفة، ومشى عليه الأئمة كما هو الرسم. ينظر: «التجريد» [٥٥٣٥/١١]، «بدائع الصنائع» [١٧٩/٧]، «العناية شرح الهداية» [٢٤٤/٩]، «الاختيار لتعليل المختار» [١٠٨/٢]، «تبيين الحقائق» [١٨٦/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٥٥/٢]، «زاد الفقهاء» [ق/٢٥٥]، «الترجيح والتصحيح» [ص ٥٧١]، «رد المحتار» [١٣٦/٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [١١٢/٤].

(٣) في قتْلِ المأمور قولان في مذهب الشافعي، وأظهرُهما: وجوب القصاص، ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٦٧/٧]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٧٨/٣]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٣٥/٩].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَهُوَ الْإِثْمُ، بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ عَلَىٰ إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الْإِثْمُ فَأُضِيفَ إِلَىٰ غَيْرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِي فِي جَانِبِ الْمُكْرَهِ، وَيُوجِبُهُ عَلَى الْمُكْرَهِ أَيْضًا لِوُجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَىٰ الْقَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا حُكْمُ الْمُبَاشِرَةِ

غاية البيان

مَعَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وذكَرَ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»[1] قولَ محمَّدٍ مَعَ أبي يوسُفَ ﷺ، قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الطَّحَاوِيِّ»: «وذلِكَ ليسَ بسديدٍ»[2].

وذكَرَ في «شرْح الأقطع» قولَ الشَّافِعِيِّ كقولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ[3] ﷺ.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ ﷺ: أنَّ الإِكْرَاهَ على القتْلِ لا يُفيدُ حِلَّ الإقْدامِ علىٰ القَتلِ بالاتِّفاقِ، فكانَ وُجودُ الإِكْرَاهِ وعدمُه بمنزلةٍ، والفعلُ موْجودٌ حقيقةً مِن الفاعِلِ بصفةِ الخطَرِ علىٰ محلٍّ معْصومٍ، فوجَبَ القِصَاصُ عليْه، أَلا ترىٰ أنَّ القاتِلَ يأْثَمُ إِثْمَ القَتلِ، ولا يتَحَقَّقُ إِثْمُ القتْلِ بِلا قَتْلٍ، بخِلافِ الإِكْرَاهِ علىٰ إتْلافِ مالِ الغَيرِ، حيثُ يَضْمَنُ الآمِرُ؛ لأنَّ الإِكْرَاهَ أَباحَ إتلافَ مالِ الغَيرِ، ولهذا سَقَطَ الإثْمُ عنِ المأمورِ.

وَوجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: أنَّ القَتلَ حصَلَ مِن الفاعِلِ مُباشرةً، ومِنَ الحامِلِ تسْبيبًا، فيُقْتَلانِ جَميعًا؛ لأنَّ للتسْبيبِ حُكْمَ المُباشرةِ عندَه، ولهذا إذا رَجَعَ شهودُ القِصَاصِ أوْ عادَ المشهودُ عليْه حَيًّا؛ يجبُ القِصَاصُ علىٰ الشُّهودِ عِندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ؛ لأنَّهمْ قتَلوهُ حُكْمًا؛ لأنَّهمْ أوْجَبوا إهدارَ الدَّمِ وعرَّضُوه للتلَفِ.

وَوجْهُ قولِ أبي يوسُفَ ﷺ: أنَّ القَتلَ وُجِدَ مِن الحامِلِ مِنْ وَجْهٍ؛ لأنَّ الفاعلَ يصْلُحُ آلَةً لَه، فصارَ الفعلُ مَنقولًا إلىٰ الحامِلِ، وَوُجِدَ مِن الفاعِلِ مِن وَجْهٍ؛ لأنَّه يأْثَمُ، فحَصَلَ قصورٌ في الفِعلِ، فكانَ شُبهةً، فلَمْ يجِبِ القِصَاصُ علىٰ أحدٍ؛ لأنَّ القِصَاصَ مما يُدْرَأُ بِالشُّبهةِ.

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٤١٠].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٦٠].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٣٧].

عِنْدَهُ كَمَا فِي شُهُودِ الْقِصَاصِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَتْلَ بَقِيَ مَقْصُورًا عَلَى

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ: أنَّ الإِكْرَاهَ المُلْجِئَ متى تحقَّقَ [٣/١٠و] كانَ الفاعِلُ فيما يصْلُحُ آلَةً كالآلَةِ للحامِلِ، كما في إتْلافِ المالِ، وإذا كانَ كالآلَةِ لهُ صارَ كأنَّه أخَذَهُ وضَرَبَهُ بِه كالسَّيفِ أوِ السِّكِّينِ يأخُذُه ويضْرِبُه بِه، فَصارَ كأنَّ الحامِلَ هوَ الَّذي باشَرَ القتلَ، فوَجَبَ القِصَاصُ عليْه؛ لأنَّ الفعلَ صارَ مَنقولًا إليْه فيما يصْلُحُ آلَةً، لا فيما لا يصْلُحُ آلَةً وهُو الإثمُ.

وإنَّما جُعِلَ الفاعِلُ آلَةً في حقِّ القِصَاصِ؛ لأنَّ الإنسانَ مَجبولٌ على حُبِّ حياتِهِ، فلَمَّا أقْدمَ علَى إهْلاكِ غَيرِه بالإكْرَاهِ؛ جُعِلَ ذلِك طريقًا لدَفْعِ الشَّرِّ عَن نفسِه، فصارَ بقضِيَّةِ الطَّبعِ مَحْمولًا عَلى الفِعْلِ بِلا اخْتِيارٍ، كالسَّيفِ أوِ السِّكِّينِ في يدِ الحامِلِ، فمَتى صارَ فِعْلُ الفاعِلِ منقولًا إلى الحامِلِ في حقِّ الضَّمَانِ؛ لَمْ يَبْقَ المباشِرُ فاعلًا؛ لأنَّ الفعلَ لواحدٍ لا يَستقيمُ أن يتصفَ بِه فاعلانِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إذا صارَ الفعلُ منقولًا [٦/٤٢١ظ/م] إلى الحامِلِ؛ لمْ يأثَمِ المباشِرُ.

قُلْتُ: لَمْ نَقُلْ نحنُ بنَقْلِ الفِعلِ مُطلقًا، بَل قُلنا بنَقْلِه فيما يصْلُحُ آلَةً، لا فيما لا يَصْلُحُ آلَةً، وهُو الجِنَايَةُ عَلى دِينِه؛ لأنَّ غرَضَ الحامِلِ أنْ يَجْنِيَ الفاعلُ عَلى دِينِ نَفسِه باختيارِ رُوحِه عَلى رُوحِ غَيرِه، فصارَ هَذا الفعلُ مِن حيثُ كونُه مُوجبًا لِلضَّمَانِ مُضافًا إلى الحامِلِ، ومِن حيثُ الجِنَايَةُ على الدِّينِ مُقتصرًا عَلى الفاعِلِ، كالإكْراهِ عَلى الإعْتَاقِ، فإنَّه يُضافُ إلى الحامِلِ مِن حيثُ الضَّمَانُ، ويُضافُ إلى الفاعِلِ مِن حيثُ تَحصيلُ العَتَاقِ، حتَّى يكونَ الوَلاءُ لَه؛ لأنَّه لا يصْلُحُ آلَةً في هذا المعْنى؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أَنْ يتكلمَ إنسانٌ بلسانِ غَيرِه.

قولُه: (كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ)، يعْني: إذا رجَعوا بعدَ قَتْلِ المشْهودِ عليْه أوْ عادَ المشْهودُ عليْه حَيًّا؛ يجبُ القِصَاصُ عليهِمْ عِندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ لِمَا قُلنا،

الْمُكْرَهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَىٰ التَّأْثِيمِ، وَأُضِيفَ إِلَىٰ الْمُكْرِهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَىٰ الْحَمْلِ فَدَخَلَتْ الشُّبْهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ الْقَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَهُوَ الْقَتْلُ بِأَنْ يُلْقِيَهُ عَلَيْهِ وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الْجِنَايَةِ عَلَىٰ دِينِهِ فَيَبْقَىٰ الْفِعْلُ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْإِثْمِ كَمَا نَقُولُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَىٰ الْإِعْتَاقِ، وَفِي إِكْرَاهِ الْمَجُوسِيِّ عَلَىٰ ذَبْحِ شَاةِ الْغَيْرِ يَنْتَقِلُ الْفِعْلُ إِلَىٰ الْمُكْرِهِ فِي الْإِتْلَافِ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّىٰ تَحْرُمَ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ، فَفَعَلَ؛ وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا؛ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ﵀ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

غاية البيان

وعندَنا: لا قِصَاصَ عليْهِم؛ لأنَّ القِصَاصَ جزاءُ الفعلِ، فيجِبُ أن يكونَ الفعلُ فِعْلًا للفاعلِ مِن كُلِّ وَجْهٍ، والشهودُ لم تُوجَدْ منهُم صورةُ القتلِ، فَصارَ شُبهةً، بخِلافِ القتلِ الموْجودِ مِنَ المُكْرَهِ الفاعلِ، حيثُ وجَبَ القِصَاصُ على الحامِلِ؛ لأنَّ الصّورةَ الموْجودةَ مِن الفاعِلِ أُضِيفَتْ إلىٰ الحامِلِ؛ لأنَّه استعمَلَه كالآلةِ بِلا اختِيارِه في تَحصيلِ تِلكَ الصّورةِ.

قولُه: (وَفِي إِكْرَاهِ الْمَجُوسِيِّ)، مِن إضافةِ المصْدرِ إلىٰ المفعولِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ، فَفَعَلَ؛ وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في **«مختصره»**[1]، وهذا مذهَبُنا.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﵁: لا يقَعُ طَلاقُ المُكْرَهِ وعَتاقُه، وتصرُّفاتُه كلُّها باطلةٌ، إلَّا أَن يكونَ إكْراهًا بحقٍّ[2].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٣٠].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٦/٧٥]، و«روضة الطالبين» للنووي [٨/٥٦].

....

وعندَنا: تصرُّفاتُ المُكْرهِ كلُّها منعقدةٌ، إلَّا أنَّ بعضَها مُنعَقِدٌ بوصْفِ الصِّحَّةِ، وبعضُها بوَصْفِ الفَسادِ، فما جُعِلَ الرِّضا فيها شرْطًا - وهِيَ التصرُّفاتُ الماليَّةُ - ينعقِدُ بوَصْفِ الفسادِ؛ لأنَّ الرِّضا شرْطُ الصحَّةِ لا شَرْطُ الانعِقادِ، وما لا يكونُ الرِّضا فيهِ شرطًا ينعقدُ بوَصْفِ الجوازِ(١).

لَه: قوله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ [٣/١٠ظ] أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»(٢).

ولنا: قولُه ﷺ: «ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، والطَّلَاقُ، والرَّجْعَةُ»(٢). رواهُ أبو هُرَيْرَةَ ﷺ في «السُّنن»، و«الجامع التِّرْمِذِيّ(٣)» و«شرْح الآثار» وغيرها.

ورَوَىٰ التِّرْمِذِيُّ في «جامعِه»: مسندًا إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ قالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ، إلَّا طَلاقَ المَعْتُوهِ المَغْلُوبِ عَلَىٰ عَقْلِهِ»(٤). ولأنَّ الإِكْرَاهَ لا يُنَافِي الخطابَ، أَلَا تَرىٰ إلىٰ قوله تَعالىٰ: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

والجوابُ عنِ الحديثِ: قُلْنا: المرادُ منهُ حُكْمُ الآخِرةِ، وهُو الإثمُ، لا حُكْمُ الدُّنيا، أَلا تَرىٰ أنَّه يجبُ في القتلِ الخطأِ الدِّيَةُ والكفارةُ، وذلِك حُكْمُ الدُّنيا.

فَعُلِمَ: أنَّ حُكْمَ الدُّنيا ليسَ بِمرْفوعٍ، وكذا جماعُ المُكْرِهِ يُوجِبُ الغُسلَ، ويُفْسِدُ عليه حَجَّه وصَوْمَه، والمَهْرُ يَجبُ علىٰ المُكْرِهِ المجامِعِ، ولا يَرْجِعُ بِهِ علىٰ

---

(١) ينظر: «المبسوط» [٢٤/٤١]، «بدائع الصنائع» [٧/١٨٢]، «تبيين الحقائق» [٥/١٨٧]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/١١٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «الجامع والترمذي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ صَلَحَ آلَةً لَهُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الْإِتْلَافُ فَانْضَافَ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا سَعَايَةَ عَلَى

الَّذي أكْرهَه.

فَعُلِمَ بذلك: أنَّ حُكْمَ الدُّنيا ليسَ بِمرْفوعٍ، ولأنَّه قاصِدٌ إلى الإيقاعِ غيرُ راضٍ [٦/٤٢٢و/م] بالحُكْمِ، فصارَ كالهَزْلِ وشَرْطِ الخيارِ، وباقي البيانِ مَرَّ في الفصْلِ الثَّاني مِن كِتابِ الطَّلاقِ، فيُنْظَرُ ثَمَّةَ إنْ شاءَ اللهُ تَعالى.

ثمَّ اعْلَمْ: أنَّ الإِكْراهَ لا يعْمَلُ في أشْياءَ، منْها: الطَّلاقُ، والعَتاقُ، والنِّكاحُ، والرَّجْعَةُ، والتَّدْبيرُ، والعفْوُ عنِ القِصاصِ، واليَمِينُ، والنَّذْرُ، والظِّهارُ، والإيلاءُ، والفَيْءُ في الإِيلاءِ والإسْلامِ؛ لأنَّه إنشاءُ تصَرُّفٍ، ولأنَّ هذِه الأشياءَ تصَرُّفٌ لا يُبْطِلُه الهَزْلُ، ويتَعَلَّقُ صحتُه باللَّفظِ، فَلا يُبْطِلُه الإِكْراهُ.

قولُه: (قَالَ: وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبْدِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختَصَره»[1].

قالَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ في «الأصْل»[2]: «ولوْ أنَّ رَجُلًا أكرَهَهُ لصوصٌ غالِبونَ على مِصْرٍ مِن الأمْصارِ؛ لهُم منَعَةٌ بوعيدِ قتْلٍ أوْ تلفٍ على عِتْقِ عَبْدِه فأعتَقَه، فإنَّ العِتْقَ جائزٌ لا يُرَدُّ، وذلِكَ لأنَّ العِتْقَ تَصَرُّفٌ لا يُبْطِلُه الهَزْلُ، فَلا يُبْطِلُه الإِكْراهُ كَالطَّلاقِ».

وهذِه المسألةُ تضمَّنَتْ أحكامًا أرْبعةً:

أحدُها: أنَّ العِتْقَ جائزٌ، وفيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، وقد مَرَّ البيانُ.

والثَّاني: أنَّ الوَلاءَ لمولى العبدِ لا لِلمُكْرِه.

الثَّالثُ: أنَّ المُكْرِهَ يَضْمَنُ قِيمَةَ العَبدِ يومَ الإعْتاقِ، مُوسِرًا كانَ أوْ مُعْسِرًا.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٣٠].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣١٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِب لِلتَّخْرِيجِ إِلَىٰ الْحُرِّيَّةِ أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ الْمُكْرَهُ عَلَىٰ الْعَبْدِ بِالضَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ [١٣٩/ظ] مُؤَاخَذٌ بِإِتْلَافِهِ.

غاية البيان

والرّابعُ: أنَّ العبدَ لا سِعَايَةَ عليهِ لأحدٍ.

أمَّا الأوَّلُ ـ وهوَ جوازُ العِتْقِ ـ: فلِما بيَّنَّا، والمعْنىٰ في هذِه المسْألةِ: أنَّ هذا إنشاءُ تصرُّفٍ صدَرَ مِنَ الأهْلِ مُضافًا إلىٰ المحلِّ، فيصحُّ؛ وذلِكَ لأنَّه إيقاعُ تصرُّفٍ للحالِ، وليسَ بإخبارٍ عنْ أمْرٍ ماضٍ، ووجودُ الأهليَّةِ ظاهرٌ حقيقةً؛ لأنَّه بِالبلوغِ والعقْلِ الَّذي يحْصُلُ بِه التَّمييزُ، وهذا حاصلٌ.

أَلا تَرىٰ أنَّه ميَّزَ أهْوَنَ الشرَّيْنِ، وكذا حُكْمًا؛ لأنَّه بالتكليفِ، والتكليفُ قائمٌ بعدُ بالإِكْرَاهِ، وكذا وجودُ المحلِّ ظاهرٌ؛ لأنَّ محلَّ [١١/٣و] الإِعْتَاقِ: هو عبْدُه، ومحلُّ الطَّلاقِ: زوْجتُه، ولا يلزمُ الإِقْرَارُ؛ لأنَّا احترَزْنا عنهُ بقوْلِنا: إنشاء تصرُّفٍ، والإِقْرَارُ ليسَ بإنشاءٍ، بلْ هوَ إخبارٌ عن أمْرٍ ماضٍ، والخبرُ ممَّا يحتملُ الصدقَ والكذبَ، فلَمْ يُعْتَبَرْ إقرارُ المُكْرهِ؛ لأنَّ إقرارَ الطَّائعِ إنَّما اعْتُبِرَ لترَجُّحِ جانِبِ الصِّدقِ بِالطَّواعيةِ، ولم يوجَدْ ذلِكَ في الإِكْرَاهِ، بلْ ترجَّحَ جانبُ الكذِبِ؛ لأنَّه لوْ كانَ صادقًا في الإِقْرَارِ؛ لم يُحْتَجْ إلىٰ الإِكْرَاهِ، ولا يلزمُ الرِّدَّةُ؛ لأنَّه ليسَ بإنشاءِ تصَرُّفٍ، بلْ هوَ إخبارٌ عَن أمْرٍ كانَ، وهوَ ما اعتقدَ في قَلْبِه.

وأمَّا الحُكْمُ الثّاني ـ وهوَ الوَلاءُ ـ: فإنَّه لموْلىٰ العبدِ؛ لأنَّ كلامَه مِن حيثُ إنَّه إعتاقٌ مقْصورٌ عليْه، وليسَ بِمنقولٍ ومضافٍ إلىٰ الآمِرِ، والوَلاءُ لمنْ أعتَقَ بِالحديثِ[1].

وأمَّا الحُكْمُ الثّالثُ: وهوَ أنَّ المُكْرِهَ يَضْمَنُ قِيمَةَ العبدِ مُوسِرًا كانَ أوْ مُعْسِرًا؛

(١) مضىٰ تخريجه.

. . . .

لأنَّ كلامَ المأمورِ مِن حيثُ إنَّه إتلافٌ منقولٌ إلى الآمِرِ، فكأنَّه قبضَ يدَ المُكْرَهِ وأتلفَ بِه العبدَ، وضَمَانُ الإتْلافِ لا يَختلفُ بِاليَسارِ وَالإعْسارِ، كشاهِدَيْنِ شَهِدا على رَجُلٍ أنَّه أعتقَ عبْدَه، وقَضى القاضي بالعِتقِ، ثمَّ [٦/٤٢٢ظ/م] رجَعا؛ يَضْمَنانِ مُوسِرَيْنِ كانا أوْ مُعْسِرَيْنِ؛ لأنَّهما ضَمِنَا بالإتلافِ لا بالإعْتاقِ.

فإنْ قيلَ: ينبَغي ألَّا يَضْمَنَ المُكْرهُ شيئًا؛ لأنَّه أتلفَ بعِوَضٍ حَصَلَ للمُكْرهِ وهُو الوَلاءُ، ولِهذا لوْ أكرهَ عَلى أكْلِ طَعامِ الغَيرِ، فأكَلَ المُكْرهُ؛ لا ضَمَانَ على الآمِرِ؛ لأنَّه حَصَلَ له عِوَضٌ، وكذا لوْ أكرهَ رَجُلًا على الزِّنا حتَّى ضَمِنَ المُكْرهُ المَهْرَ، لا يَرْجِعُ عَلى الآمِرِ؛ لأنَّه حَصَلَ له عِوَضٌ، وهُو منافعُ البُضْعِ.

قُلنا: إنَّما لا يَضْمَنُ الآمِرُ إذا كانَ الإتْلافُ بعِوَضٍ إذا كانَ العِوَضُ مالًا في أكْلِ الطَّعامِ، أوْ في حُكْمِ المالِ، كما في صورةِ الزِّنا؛ لأنَّ منافعَ البُضْعِ تُعَدُّ مالًا عندَ الدُّخولِ، والوَلاءُ بمعْنى النَّسبِ ليسَ بمالٍ ولا في حُكْمِ المالِ، ولِهذا إذا رجَعَ شاهِدَا الوَلاءِ لا يَضْمَنانِ.

وأمَّا الحُكْمُ الرابعُ: وهُو أنَّه لا سِعَايَةَ على العبدِ، لا للمُكرَهِ[1]، ولا للمُكرِه.

أمَّا للمُكرَه[2]: فلأنَّه مالكٌ أعتقَ عبْدَه، ولا حقَّ فيهِ لأحدٍ، ومَنْ أعتقَ عبْدَه ولا حقَّ فيهِ لأحدٍ؛ فإنَّه لا يسْعى للمُعْتقِ، كما لوْ كانَ طائعًا.

وهذا القدرُ يَكْفِي على قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، ولا يكْفي على قولِهما؛ لأنَّ المحجورَ عليْهِ بِالسَّفهِ إذا أعتقَ فإنَّه يَعْتِقُ عَلى قولِهما، وتجبُ عليْهِ السِّعَايَةُ، معَ أنَّه أعتقَ عبْدَه ولا حقَّ فيهِ لأحدٍ.

---

(١) وقع بالأصل: «المكرَه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «المكرَه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ مُسَمًّى يَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ الْمُتْعَةِ؛ لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ كَانَ عَلَى

غاية البيان

وينبغي أنْ يُزَادَ في العبارةِ على قولِهما بأنْ يُقالَ: مالكٌ أعتقَ عبْدَه، ولا حقَّ فيهِ لأحدٍ، وهوَ غيرُ محجورٍ عليْه، فَلا يسْعى العبدُ لَه، كما لوْ كانَ طائعًا.

وأمَّا للمُكْرِهِ[1]: فلأنَّهُ لمْ يَمْلِكِ العبدَ بما ضَمِنَ مِنَ القِيمَةِ؛ لأنَّه ضَمِنَ بعدَ العِتْقِ، والحرُّ لا يُمْلَكُ بِالضَّمَانِ، ولأنَّ المُكْرِهَ إنَّما ضَمِنَ مِن حيثُ إنَّه أتلفَ العبدَ حُكْمًا، كأنَّه قتَلَ العبدَ، والمقتولُ لا يسْعى، ولأنَّ السِّعَايَةَ تَجبُ لتكْميلِ العِتْقِ، ولا قُصورَ فِي العِتقِ.

وقولُنا: «لا حقَّ فيهِ لأحدٍ» احترازٌ عنِ الرَّاهِنِ المُعْسِرِ إذا أعتقَ عبْدَه بِلا رِضا المُرْتَهِنِ، حيثُ [٣/١١ظ] يسعَى العبدُ؛ لأنَّ لِلمُرْتَهِنِ فيه حقًّا، واحترازٌ عنِ المَريضِ إذا أعتقَ عبْدَه، وهُو لا يخرجُ مِن الثُّلثِ ثمَّ ماتَ؛ فإنَّه يسْعَى لِلورثةِ في الثُّلثيْنِ؛ لأنَّ لهُم فيهِ حَقًّا. هذا حاصلُ ما ذكَره شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبْسوطه»، والباقي يُعْلَمُ ثمَّةَ، واللهُ أعْلَمُ.

قولُه: (قَالَ: وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، هذا إذا كانَ الإكْرَاهُ علَى الطَّلاقِ قبْلَ الدُّخولِ والمَهْرُ مُسمًّى، فإنْ كانَ قبْلَ الدُّخولِ والتَّسْمِيَةِ: يجِبُ علَى الزَّوجِ المُتْعَةُ، ويَرْجِعُ بِها علَى المُكْرِهِ.

قالَ محمدُ بنُ الحسَنِ ﷺ في «الأصْل»[3]: وإذا أُكْرِهَ الرَّجُلُ بوعيدِ تَلَفٍ

---

(١) وقع بالأصل: «المكرَه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٣٠].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣١٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

شَرَفِ السُّقُوطِ بِأَنَّ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إِتْلَافًا لِلْمَالِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَيُضَافُ إِلَى الْمُكْرِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ بِهَا؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لَا بِالطَّلَاقِ.

غاية البيان

على أنْ يُطَلِّقَ امرأته ثلاثًا؛ فالطلاقُ واقعٌ، ولا تَحِلُّ لَه حتَّى تنكحَ زوجًا غيرَه، وذلِكَ لأنَّ طلاقَ المُكْرِهِ واقعٌ عندَنا كطَلاقِ الطَّائِعِ، والطَّائعُ لوْ طَلَّقَ امْرأتَهُ ثَلاثًا لا تَحِلُّ لَه حتَّى تنكحَ زوْجًا غيرَه، فكذا المُكْرهُ.

اعلَمْ: أنَّ المُكْرهَ عَلى الطَّلاقِ إذا طَلَّقَ زوْجتَه فَلا يخْلو: إمَّا إنْ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ والمَهْرُ مُسمًّى، أوْ غير مُسمًّى، أوْ بعد الدخول، فإنْ كان قبْل الدخول والمَهْرُ مُسمًّى؛ وجَبَ عَلى الزَّوجِ نِصفُ المَهْرِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ قبْلَ الدُّخولِ يُوجِبُ سُقُوطَ [٦/٤٢٣و/م] نِصفِ الصَّداقِ، ويَرْجعُ الزَّوجُ بذلِكَ عَلى الَّذي أكْرهَه؛ لأنَّه أكَّدَ ما كانَ عَلى شرَفِ السُّقُوطِ بِسببِ الفرقةِ مِن جهَتِها بتقْبيلِ ابنِ الزَّوجِ عَن شهوةٍ، أوِ ارتِدادِها قبْلَ الدُّخولِ، فصارَ كأنَّ المُكْرِهَ الحامِلَ أخَذَ مِن مالِ المُكْرَه المحمولِ ذلِك المقدارَ وأتلفَه.

أمَّا إذا كانَ الطَّلاقُ قبلَ الدُّخولِ والتَّسْمِيَةِ؛ وجَبَ على الزَّوجِ المُتْعَةُ؛ لأنَّ المُتْعَةَ هيَ الواجبةُ بِالنَّصِّ في تلكَ الصّورةِ، ويَرْجعُ الزَّوجُ بِما ضَمِنَ مِنَ المُتْعَةِ على الَّذي أكْرهَه؛ لأنَّه أكَّدَ عليْه ما كانَ عَلى شرَفِ السُّقُوطِ، فصارَ كشاهدَيِ الطَّلاقِ إذا شَهِدَا قبلَ الدُّخولِ بِها، ثمَّ رجعَا يَضْمَنانِ نصفَ المَهرِ لِلزَّوجِ إنْ كانَ في النِّكَاحِ تسْميةٌ، وإنْ لَمْ يكُن تسْميةٌ يَضْمَنانِ المُتْعَةَ، فكذا هُنا.

وأمَّا إذا كانَ الطَّلاقُ بعدَ الدُّخولِ: فَلا يَرْجعُ الزَّوجُ عَلى الَّذي أكْرهَه بشيءٍ؛ لأنَّ المَهْرَ تأكَّدَ بِالدُّخولِ عَلى وَجْهٍ لا يسْقُطُ متَى جاءَتِ الفُرقةُ مِنْ جهتِها، ولم يُوجِبِ المُكْرهُ عليْه شيئًا، وإنَّما أتلفَ مِلْكَ النِّكَاحِ، ومِلْكُ النِّكَاحِ عندَ خُروجِها عَن مِلْكِ الزَّوجِ ليسَ بِمالٍ، ولهذا إذا شَهِدَ الشّاهدانِ على الطَّلاقِ بعدَ الدُّخولِ ثمَّ

....

غاية البيان

رجع، لا يضمنان شيئًا للزوجِ؛ لأنهما ما أتلفا على الزَّوجِ إلَّا مجردَ النِّكاحِ، فكذا هنا.

ثمَّ إنَّ صاحبَ «**الهداية**» ﷺ لم يذكُرِ الإكْرَاهَ على النِّكاحِ.

قال محمَّدُ بنُ الحسَنِ في «الأصل»: «ولوْ أنَّ رَجُلًا أكرهَ بوعيدِ قتْلٍ، أوْ بحَبسٍ، أوْ بقَيْدٍ، أوْ بضَرْبٍ حتَّى تزوَّجَ امرأةً على عشرةِ آلافٍ، ومَهْرُ مِثلِها ألفُ درهمٍ؛ كانَ النِّكاحُ جائزًا ويكونُ لِلمرأةِ مِن العشرةِ [٣/١٠٢و] آلافٍ: مَهْرُ مِثْلِها ألفُ درهمٍ، ويَبْطُلُ الفضلُ»[1]. وهذا **ظاهِرُ الرِّوايةِ**.

وذكرَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «**مختصره**»[2]: أنَّ الزَّوجَ يلزَمُه جميعُ ذلك، ويَرْجِعُ بِالفَضلِ علىٰ مَن أكْرهَه، وهوَ ليسَ بِظاهِرِ الرِّوايةِ.

أمَّا جوازُ النِّكاحِ ـ إذا كانَ الإكْرَاهُ بوعيدِ تَلَفٍ ـ: فلأنَّ[3] النِّكاحَ تصرُّفٌ يصِحُّ معَ الهَزْلِ فيصحُّ معَ الإكْرَاهِ، كَالطَّلاقِ والعَتَاقِ عندَنا، وإنْ كانَ بقَيْدٍ أوْ بحبْسٍ؛ فلا يكونُ ذلكَ إكراهًا في حقِّ الزَّوجِ، بلْ يكونُ نكاحَ طائعٍ، فالتَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ؛ لأنَّ التَّسْمِيَةَ تصرُّفٌ في المالِ، والتصرُّفُ في المالِ ممَّا يُبْطِلُه الهَزْلُ.

وإذا فسدَتِ التَّسْمِيَةُ كانَ لَها مَهْرُ مِثْلِها ألفُ درهمٍ لا غيرُ، ولا يَرْجِعُ الزَّوجُ على المُكْرِه بشيءٍ؛ لأنه إنْ أوجبَ عليه مالًا فقد حصَّلَ له عِوَضًا يَعْدِله، وله حُكْمُ المالِ، وهو مِلْكُ النِّكاحِ، فإنَّ مِلْكَ النِّكاحِ عندَ دُخولِه[4] في مِلْكِ الزَّوجِ يُعَدُّ مالًا

---

(١) ينظر: «المصدر السابق».
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٤٠٧].
(٣) وقع بالأصل: «ولأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«س».
(٤) وقع بالأصل: «وجوده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«س».

. . . .

مِن حيثُ الحُكْمُ، ولهذا إذا شَهِدَ شاهدانِ أنَّ النِّكاحَ[1] بألفِ درهمٍ، وهو مهرُ المثلِ [١٠٣٣/هـ/أ]، والزوجُ يجْحَدُ ذلِك، فقضى بِه القاضي، ثمَّ رجَعَا؛ لا يَضْمنانِ شيئًا؛ لأنَّهما أوجَبا عليْه مالًا بعِوَضٍ يَعْدِلُه، فكذا هُنا.

قالَ[2]: «ولوْ أنَّ المرْأةَ هيَ الَّتي أُكْرِهَتْ في بعضِ ما ذَكَرْنا حتَّىٰ تزوَّجَها الروجُ علىٰ ألفِ دِرهمٍ، ومَهْرُ مثلِها عشرةُ آلافِ دِرهمٍ؛ زوَّجَها أوْلياؤُها مُكْرهينَ؛ فالنِّكاحُ جائزٌ، ولا ضَمانَ علىٰ المُكْرِه»[3]، لأنَّ المُكْرِه إنْ أزالَ عنْ مِلْكِها ما لَه حُكْمُ المالِ؛ فقد حصَّلَ لها عِوَضًا يَعْدِلُه، وهوَ مَهْرُ مِثْلِها، وهوَ مالٌ حقيقةً وحكمًا، فلا يَضْمَنُ شيئًا.

ثمَّ هَل لِلمرأةِ والأولياءِ حقُّ الاعتِراضِ علىٰ هذا النِّكاحِ؟ فالمسألةُ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يكونَ الزَّوجُ دخَلَ بِها أوْ لَمْ يدخُلْ بِها، وكلُّ وَجْهٍ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا إنْ رضِيَتِ المرأةُ بِما سُمِّيَ لَها مِنَ الصَّداقِ، أوْ لَمْ تَرْضَ، وكلُّ وَجْهٍ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يكونَ الزَّوجُ كُفؤًا لَها أوْ غيرَ كُفءٍ لَها، فإنْ كانَ الزَّوجُ كُفؤًا لها ـ وقَد رضِيَتْ بالمسمَّىٰ ـ كانَ لِلأوْلياءِ حقُّ الاعتِراضِ عندَ أبي حَنيفَةَ ﷺ لمَعْنًىٰ واحدٍ، وهوَ التَّقصيرُ في المَهْرِ، فإنَّ الزَّوجَ كُفءٌ لَها.

وعندَ أَبي يوسُفَ ومحمَّدٍ ﷺ: ليسَ لِلأوْلياءِ حقُّ الاعتِراضِ أصلًا؛ لأنَّ الزَّوجَ كُفءٌ، والمرأةُ لَمَّا رَضِيَتْ بالمسمَّىٰ؛ صارتْ كأنَّها زوَّجَتْ نفسَها في الابتِداءِ بألفِ درهمٍ؛ لأنَّ الإجازَةَ في الانتهاءِ كالإذنِ في الابتِداءِ، ولوْ زوَّجَتْ نفسَها في الابتِداءِ مِن كُفءٍ بأقلَّ مِن مَهْرِ المثْلِ؛ كانتِ المسألةُ علىٰ الاختِلافِ

---

(١) وقع بالأصل: «شاهدان بالنِّكاح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«س».

(٢) يعني: الطحاوي ﷺ.

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٤٠٨].

. . . .

— غاية البيان —

على ما عُرِفَ في النِّكَاحِ، فكذا هُنا، إلَّا أنَّ في كتابِ النِّكَاحِ ذكرَ قولَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وسكتَ عَن قولِ محمَّدٍ ﵀، وههُنا ذكرَ قولَ محمَّدٍ معَ أبي يوسُفَ؛ لأنَّ محمدًا ﵀ وضَعَ المسألةَ في النِّكَاحِ في مَن زوَّجَتْ نفسَها بغيرِ رِضا الأولياءِ، والمذهبُ عندَه: أنَّ النِّكَاحَ بِغيرِ وَلِيٍّ لا يجوزُ، فإذا لَمْ يَجُزِ النِّكَاحُ عندَه لا يُتصوَّرُ [٣/١٠٢ظ] التَّفريقُ؛ لِقُصورِ المهْرِ بعدَ ذلِكَ علىٰ مذهبِه.

والمذهبُ عندهما: أنَّ النِّكَاحَ جائزٌ، فيَتصوَّرُ التَّفريقُ في هذا النِّكَاحِ بِسببِ التَّقصيرِ في المَهْرِ، فلِهذا ذكرَ قولَهُما، ولم يذكُرْ قولَ محمَّدٍ ﵀ في النِّكَاحِ[1].

وفي كِتابِ «الإكْرَاهِ»: وَضَعَ المسألةَ في أنَّ الأولياءَ هُم الَّذينَ زَوَّجوها حتَّىٰ صحَّ النِّكَاحُ، إلَّا أنَّه عُدِمَ منهُمُ الرِّضا بنقصانِ المَهْرِ، فكانَ لهُم حقُّ الاعتِراضِ بسببِ نُقْصَانِ المَهْرِ عِندَ أبي حَنيفَةَ ﵀ خلافًا لهُما.

وإنْ كانَ الزَّوجُ غيرَ كُفْءٍ لها: فلِلأولياءِ حقُّ الاعتِراضِ علىٰ هذا النِّكَاحِ عندَهُم جَميعًا، فعِندَ أبي حَنيفَةَ لمعْنَيَيْنِ: لعدَمِ الكَفاءةِ[2]، ولِنُقصانِ المَهْرِ، **وعندَهُما**: لعدَمِ الكَفاءةِ لا غيرُ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِالمهْرِ، هذا إذا رَضِيَتِ المرأةُ بِالمسمَّىٰ، ولم يدخُلْ بِها الزَّوجُ، فإنْ لَمْ ترْضَ المرْأةُ بِالمسمَّىٰ يُنْظَرْ: فإنْ كانَ الزَّوجُ كُفؤًا لها؛ فلَها حقُّ الاعتراضِ علىٰ هذا النِّكَاحِ بسببِ نُقْصَانِ المَهْرِ عندَهم جميعًا.

[٦/٢٧٤و] فإذا رفعَتِ الأمرَ إلىٰ القاضي يُخَيِّرُ زوْجَها، فيقولُ لَه: أتِمَّ مهْرَها وإلَّا فرَّقْتُ بينَكُما. وإنَّما يُخَيِّرُ الزَّوجُ لأنَّه لزمَه زيادةُ مَهْرٍ لمْ يَرْضَ بِه، والعاقدُ متىٰ لزمَه زيادةُ بدلٍ لَمْ يَرْضَ بهِ يتَخيَّرُ؛ كرجُلٍ اشترىٰ مِن مريضٍ شيئًا بِمُحَابَاةٍ لا يخرُجُ مِن ثُلُثِ ماله، ثمَّ ماتَ المريضُ، وأبىٰ الورثةُ أنْ يُجيزوا، تَخيَّرَ المُشْتَرِي؛ لأنَّه

---

(١) ينظر: «البناية شرح الهداية» [١١/٦٥].

(٢) وقع بالأصل: «الكفارة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَىٰ التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ، فَفعل الوكيلُ؛ جاز اسْتِحْسانًا؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يُؤَثِّرُ فِي فَسَادِ الْعَقْدِ، وَالْوِكَالَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، ويرْجِعْ

غاية البيان

لزِمَه زيادةُ ثمنٍ لم يرْضَ بِه، فكذلِك هنا يُخَيَّرُ الزَّوجُ، فإنْ أتَمَّ لها مهرَها نَفذَ النِّكاحُ، وإنْ أبىٰ يُفَرَّقُ بينهما، ولا يكونُ لها مَهْرٌ؛ لأنَّ الفرقةَ جاءَتْ مِن قِبَلِها لَمَّا لم تَرْضَ إلَّا بِالزِّيادةِ، والفرقةُ الواقعةُ مِن قِبَلِها تُسْقِطُ الصَّدَاقَ كلَّه قبْلَ الدُّخولِ، كما في ارتِدادِها وتَقْبِيلِها ابنَ زوْجِها أوْ أباهُ.

وإنْ لَمْ يكُنِ الزَّوجُ كُفؤًا لها: فلِلمرأةِ ولِلأولياءِ حقُّ الاعتِراضِ علىٰ هذا النكاحِ عِندَ أبي حنيفةَ ﵀ لمعْنَيَيْنِ: لعدَمِ الكفاءةِ، ولنُقْصانِ المهْرِ، وعندَهما: للمرأةِ حقُّ الاعتِراضِ لِلمعنَيَيْنِ، وللأوْلياءِ حقُّ الاعتِراضِ لعدَمِ الكفاءةِ لا غيرُ، هذا كلُّه فيما إذا لم يدخُلْ بِها.

فإنْ دخَلَ بِها وهيَ مُكْرهةٌ: فإنْ كانَ الزَّوجُ كُفؤًا لها؛ فلا اعتِراضَ علىٰ هذا النِّكاحِ لأحدٍ؛ لأنَّ نُقْصانَ المَهْرِ قدِ ارتفَعَ، وليسَ في الكفاءةِ نقصٌ، وإنْ لَمْ يكُن كُفؤًا لها فلِلأولياءِ والمرأةِ حقُّ الاعتِراضِ بسبَبِ عدَمِ الكفاءةِ.

فأمَّا إذا دخلَ بِها وهي طائعةٌ: فقَد رضيتْ بِالمهرِ المُسمَّىٰ دلالةً، فكانَ كما لوْ رضيتْ بِالمُسمَّىٰ نصًّا، ولوْ رضيتْ نصًّا؛ فعَلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: للأوْلياءِ حقُّ الاعتِراضِ لِنقصانِ المهْرِ، وعندَهُما: ليسَ لهُمُ الاعتِراضُ، وإن كانَ الزَّوجُ غيرَ كُفءٍ؛ فلِلأولياءِ حقُّ الاعتِراضِ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﵀ لمعنَيينِ: لعدَمِ الكفاءةِ، ونُقْصانِ المَهْرِ، وعندَهُما: لعدَمِ الكفاءةِ لا غيرُ. هذا حاصلُ ما ذكرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﵀ في «مبسوطه».

[١٣/٣ظ] قولُه: (وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَىٰ التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، فَفَعَلَ الوَكِيلُ؛ جَازَ اسْتِحْسَانًا)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسْألةِ القُدُورِيِّ ﵀ كما ذكَرَ ما بعْدَه تفريعًا أيضًا.

عَلَى الْمُكْرِهِ، اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ مَقْصُود الْمُكْرِهِ زَوَالَ مِلْكِهِ إِذَا بَاشَرَ الْوَكِيلَ.

غاية البيان

أعني: الإِكْرَاهَ على النَّذْرِ، واليَمِينِ، والظِّهَارِ، والرَّجْعَةِ، والإِيلاءِ، والفَيْءِ باللِّسانِ، والخُلْعِ.

قالَ محمَّدٌ ﷺ في «الأصل» في بابِ الوَكَالَةِ بِالإِكْرَاهِ: «ولوْ أنَّ لصًّا غالبًا أكرَه رَجُلًا بوعيدِ قتلٍ، أوْ ضربٍ يُخَافُ منهُ تلفٌ على أنْ وَكَّلَ رَجُلًا بعِتْقِ عبْدٍ له، أوْ بطلاقِ امرأةٍ له دخَلَ بها، فأعتقَ الوَكِيلُ العبدَ، أوْ طَلَّقَ المرأةَ؛ فجميعُ ما صنَعَ الوَكِيلُ مِن ذلِك جائزٌ عَلى المُوَكِّلِ، ولا ضَمَانَ عَلى الوَكِيلِ، ويَضْمَنُ المُكْرِهُ قِيمَةَ العبدِ لموْلى العبدِ، ونصْفَ الصَّدَاقِ للزَّوجِ»[1].

وفي المسْألةِ قياسٌ واستِحْسانٌ في تَضمينِ المُكْرِهِ.

أمَّا الأوَّلُ [٦/٢٤٤ظ/م]: فالقياسُ: ألَّا تصحَّ الوَكَالَةُ معَ الإِكْرَاهِ؛ لأنَّ الهَزْلَ يُؤثِّرُ فيهِ، فَلا يصحُّ معَ الهَزْلِ كَالبَيْعِ، فكانَ ينبَغي ألَّا يصحَّ أيضًا معَ الإِكْرَاهِ كَالبَيْعِ.

وَجْهُ الاستِحسانِ: أنَّ الإِكْرَاهَ أثرُه في فسادِ العقْدِ، لا في الانعِقادِ، فصارَ كأنَّه شرَطَ شرطًا فاسدًا، والوَكَالَةُ لا تَبطُلُ بِالشُّروطِ الفَاسِدَةِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ والعَتاقَ مِن قَبِيلِ الإِسْقاطاتِ، فيَقْبَلانِ التَّعليقَ، والتعليقُ يمينٌ عندَ الفُقهاءِ، فصارَ كأنَّ المُكْرِهَ أكرَهَ المولى على أن يقولَ: إن شاءَ فلانٌ فأنتَ حرٌّ، وأكرَهَ الزَّوجَ على أن يقولَ: إن شاءَ فلانٌ فأنتِ طالقٌ.

وأمَّا الثّاني: فالقياسُ ألَّا يَضْمَنَ المُكْرِهُ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يفعلُ ما يفعلُ باختِيارِه، إنْ شاءَ فعَلَ، وإنْ شاءَ ترَكَ، وللمُوَكِّلِ ولايةُ العزْلِ أيضًا، فلَمْ يكُنِ المُكْرِهُ مُتلِفًا.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ مطلوبَ المُكْرِهِ مِن الضَّررِ الَّذي أرادَه بِالموكِّلِ مِن عتاقِ عبْدِه، وطلاقِ زَوجَتِه قَد حصَلَ، فأُضِيفَ الإتلافُ إلى المُكْرِهِ.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/ ٤١٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَالنَّذْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ ، وَلَا رُجُوعَ عَلَى الْمُكْرِهِ

غاية البيان

وقالَ في «الأصل»: «ولوْ كانَ أكرهَه بوعيدِ حبْسٍ، أوْ قيْدٍ حتّىٰ وكّله؛ كانَ ذلِك جائزًا، ولم يكُنْ علىٰ الَّذي أكْرهَه ضَمانٌ»[١].

أمَّا جوازُ التَّوْكِيلِ: فلأنَّ الإكْرَاهَ بِالحبسِ والقيدِ لا يُعْتَبرُ إكْراهًا في حقِّ الطَّلاقِ والعَتَاقِ، فكذا في التَّوْكِيلِ بِهما، فإذا لم يتَحقَّقِ الإكْرَاهُ؛ كانَ الموْلىٰ طائعًا في التَّوْكِيلِ، ولم يكُنْ علىٰ أحدٍ ضَمانٌ.

قولُه: (وَالنَّذْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ).

قالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ ﷺ في «الأصْل»: «ولوْ أنَّ لِصًّا غالِبًا أكرَهَ رَجُلًا حتّىٰ جعَلَ علىٰ نفسِه صَدَقَةً، أوْ صومًا، أوْ حَجًّا، أوْ عُمرةً، أوْ غَزوةً في سبيلِ اللهِ تَعالىٰ، أو بَدَنةً، أو شيئًا يتقرَّبُ بِه إلىٰ ربّه سُبحانَه، فهدَّدَه بقتْلٍ، أوْ تلفِ عضوٍ، أوْ غيرِه ـ يعْني: بحَبْسٍ أو قيْدٍ ـ حتّىٰ أوجبَ ذلِك علىٰ نفسِه؛ فإنَّه يلزمُه»[٢].

وذلِك لِمَا رَوَىٰ محمَّدٌ في أوائلِ الإكْرَاهِ: عَن عُمَرَ ﷺ أنَّه قالَ: «أَرْبَعٌ مُقْفَلاتٌ مُبْهَمَاتٌ لَيْسَ فِيهِنَّ رِدِّيدَىٰ: العَتَاقُ، والطَّلاقُ، والنِّكَاحُ، والنَّذْرُ»[٣].

أرادَ بِقولِه: «مُبْهَمَاتٌ»: وقوعَها وصحَّتَها مُطْلَقَةً بِلا قيْدِ الرِّضا [٣/١٣ظ]، والطَّوَاعِيَةِ والجِدِّ إذا صدرَتْ عن مُكلَّفٍ، ومنهُ قولُ ابنِ عبَّاسٍ ﷺ: «أَبْهِمُوا مَا أَبْهَمَ اللهُ تَعالىٰ»[٣]، يعْني: أنَّ حرمةَ أُمِّ المرأةِ مُطْلَقَةٌ غيرُ مقيَّدةٍ بالدُّخولِ.

والرِّدِّيدَىٰ: بمعْنىٰ: الرَّدِّ، ولأنَّ النَّذْرَ واليَمِينَ تصرُّفٌ لا يُبْطِلُه الهَزْلُ، ألا ترىٰ أنَّه إذا نذَرَ هازلًا يلزمُه، فكلُّ تصرُّفٍ لا يُبْطِلُه الهَزْلُ لا يُبْطِلُه الإكْرَاهُ، ولأنَّ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٠٣/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: المصدر السابق [٣٥٦/٧].

(٣) مضىٰ تخريجه.

بِمَا لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا ، وَكذا اليمينُ وَالظِّهارُ لا يعملُ فيهِمَا الإِكْرَاهُ ؛ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الفَسْخَ ، ....

غاية البيان

النَّذْرَ واليَمِينَ لا يقبَلانِ الفَسْخَ بعدَ وُقوعِهِما ، وكلُّ ما لا يقْبَلُ الفَسْخَ لا يُؤثِّرُ فيهِ الإِكْرَاهُ ، ولا يَرْجِعُ المُكْرَهُ عَلىٰ الَّذِي أكْرهَه بِما لزِمَه مِن المَنْذُورِ ؛ لأنَّه لا يُطالَبُ بِهِ فِي الدُّنيا ، ولا [٦/٤٢٥و/م] يُحْبَسُ به ، بلْ يجِبُ عليْه ديانةً لا قضاءً.

قولُه: (وَكَذَا اليَمِينُ وَالظِّهَارُ لا يَعْمَلُ فِيهِمَا الإِكْرَاهُ ؛ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الفَسْخَ) ، أيْ: يَصِحَّانِ مع الإِكْرَاهِ.

قالَ شيخُ الإِسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في باب الإِكْرَاه عَلىٰ النَّذْرِ واليَمِينِ مِن «شرْح الكافي»: «ولوْ أكْرهَه عَلىٰ أَنْ يُظاهِرَ مِنِ امْرأتِه كانَ مُظاهِرًا ؛ لأنَّه مِن باب التَّحْرِيمِ ، فأشْبهَ اليَمِينَ ، ولأنَّه فِي معْنَى الطَّلاقِ ، وقَد كانَ طلاقَ قومٍ في الجاهليَّةِ ، والإِكْرَاهُ لا يَمْنَعُ مِن تحقُّقِ الطَّلاقِ.

ولوْ أكرهَه علىٰ أنْ يُكفِّرَ ففَعلَ ؛ لم يَرْجِعْ بذلِك علىٰ الَّذي أكْرهَه ؛ لأنَّه ما أكرَهَه علىٰ إزالةِ المالِ عَن مِلْكِه ، وإنَّما أكْرهَه علىٰ أداءِ واجبٍ عليْه ، وهُو مُحْتَسِبٌ في ذلِك[1] ، وهوَ إنْ عَيَّنَ محلًّا لأداءِ التَّكفيرِ ، فهُو مختارٌ في ذلِك ، ولئِنْ كانَ فيهِ نوْعُ إتلافٍ مضافٍ إلىٰ فِعْلِ المُكْرِهِ ، ولكنَّه إتلافٌ بعِوَضٍ مُسلَّمٍ إليْه ، وهوَ سُقُوطُ الواجبِ عَن ذِمَّتِه ، أوْ حِلُّ الوطءِ ، فلا يُعَدُّ إتلافًا.

فلوْ أكْرهَه علىٰ عِتْقِ عبْدِ نفْسِه عَن ظِهارٍ ففَعلَ ؛ عَتَقَ ، وعلىٰ المُكْرِهِ قيمتُه ؛ لأنَّه أكْرهَه علىٰ إزالةِ العبدِ عَن مِلْكِه ، وأنَّه ليسَ بواجبٍ عليْه علىٰ التَّعيينِ.

ولا يُقَالُ: بأنَّه إتلافٌ بعِوَضٍ ؛ لأنَّه عسَىٰ يُمْكِنُه الخُروجُ بِما دونَ هذا ، فصارَ في الزِّيادةِ إتلافًا بغَيرِ عِوَضٍ ، حتَّىٰ قالوا: لوْ كانَ هَذا مِن أخسِّ الرِّقابِ لا يُتصَوَّرُ

---

(١) أي: المُكْرَه. كذا جاء في حاشية: «ح» ، و«م» ، و«س» ، و«ن».

وكذا الرَّجْعةُ والإِيلاءُ والفيْءُ في اللِّسانِ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ مع الهزلِ، ....

غاية البيان

أن يكونَ دونَ هذا مُجزِئًا لا يَضمَنُ شيئًا.

فإنْ قالُوا: ينبَغِي أنْ يَضمَنَ بقَدْرِ الزِّيادةِ.

قُلْنا: متَى ضَمِنَ بعضَه خرَجَ مِنْ أن يكونَ كفَّارةً، فتَبيَّنَ أنَّه إتلافٌ بِلا نفعٍ يَسْلَمُ لَه، فيَضْمَنُ كلَّه، ولمْ يُجْزِهِ عَنِ الكفَّارةِ؛ لأنَّه متَىٰ وجَبَ الضَّمانُ لربِّهِ علَىٰ المُكْرِهِ صارَ إعْتاقًا بعِوَضٍ، فَلا يَصْلُحُ كفَّارةً، ولوْ قالَ: أنا أُبَرِّئُه مِنَ القِيمَةِ حتَّىٰ يُجْزِئَه مِنَ الكفَّارةِ؛ لَمْ يُجْزِئْه ذلِك؛ لأنَّه متَىٰ لم يقَعْ كفَّارةً لا ينقَلِبُ كفَّارةً.

فإنْ قالَ[1]: أعتقتُه حينَ أكْرهَني وأَنا أُرِيدُ [به][2] كفَّارةَ الظِّهارِ، ولمْ أُعْتِقْه لإكْراهِه؛ جازَ ذلِك عَن كفَّارةِ الظِّهارِ؛ لأنَّه أخبرَ أنَّه أعتَقَه طائعًا، فلَمْ يكُنِ الضَّمانُ بِه واجبًا علىٰ المُكْرِهِ، فَصَلحَ كفَّارةً، وأنَّه أمْرٌ بيْنَه وبينَ ربِّه فصُدِّقَ فيهِ، ولَم يكُنْ لَه عَلىٰ المُكْرِه شيءٌ؛ لأنَّه أخبرَ أنَّه طائعٌ.

وإنْ قالَ: أردتُ بِه العِتْقَ عَنِ الظِّهارِ [٣/١٠٤ظ] كما أمَرَني، ولمْ يخطُرْ ببالي غيرُ ذلِك؛ لَمْ يُجْزِه عَنِ الكفَّارةِ؛ لأنَّه أخبرَ أنَّه فعَلَ ما فعَلَ بأمْرِه، فكانَ مُكرهًا.

وإنْ أكرَهَه بحَبْسٍ أوْ قيْدٍ أجزأَ عنهُ؛ لأنَّه لا يُوجِبُ نقْلَ الفِعلِ إلىٰ غيرِه، ولا يُوجِبُ الضَّمانَ علىٰ المُكْرِه، فبَقِيَ إعتاقًا بِلا عِوَضٍ يَسْلَمُ لَه، فَصَلَحَ كفَّارةً». كَذا في «شرْحِ الكافي».

قولُه: (وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالإِيلاءُ وَالفَيْءُ في اللِّسَانِ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ)، أيْ: لا يعْمَلُ الإِكْرَاهُ فيها أيضًا.

قالَ محمَّدٌ ﷺ في «الأَصْلِ» في باب الإِكْرَاه علَىٰ الرَّجْعَةِ والفَيْءِ في الإِيلاءِ

---

(١) أي: رب العبد. كذا جاء في حاشية: «م».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع»، و«س».

....

غاية البيان

بِاللِّسانِ: «ولوْ [٤٢٥/٦ظ/م] أنَّ رَجُلًا طَلَّقَ امرأته تطليقةً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ، فأكْرهَه لِصٌّ غالِبٌ على أن يُراجِعَها، فراجَعَها وأشْهدَ علىٰ ذلِك بإكْراهٍ؛ فَالرَّجْعَةُ جائزةٌ»[١]، وذلِك لأنَّ إنشاءَ الرَّجْعَةِ تَصرُّفٌ يصحُّ معَ الهَزْلِ، فإنَّه لَو قالَ: راجعتُكِ هازلًا؛ صحَّتِ الرَّجْعَةُ، وما صحَّ معَ الهَزْلِ صحَّ معَ الإِكْرَاهِ، كَالنِّكَاحِ، والطَّلاقِ، والعَتاقِ.

وإنَّما صحَّتْ رجعةُ الهازِلِ لِمَا رَوَيْنا عنِ «السُّنَن»: في حديثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «[ثلاثٌ][٢] جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، والطَّلاقُ، والرَّجْعَةُ»[٣]، ولأنَّ الرَّجْعَةَ إمَّا أن تكونَ فرْعَ النِّكَاحِ أوْ فرْعَ الطَّلاقِ، وحُكْمُ الفرْعِ لا يُخالِفُ حُكْمَ الأصْلِ.

ثمَّ النِّكَاحُ والطَّلاقُ يصحُّ مِنَ الهازِلِ، وما يصحُّ معَ الهَزْلِ صحَّ معَ الإِكْرَاهِ، فكذا الرَّجْعَةُ، بَل الرَّجْعَةُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّها أسْرعُ نفاذًا مِنَ النِّكَاحِ، فإنَّها تصحُّ بِلا رِضا المرأةِ، وبغَيرِ شُهودٍ، وبغَيرِ مَهْرٍ، ولا يصحُّ النِّكَاحُ بدونِ هذِه الشَّرائطِ.

قالَ[٤]: «وإنْ أكرهَ علىٰ الإِقْرارِ بِالرَّجْعَةِ بوعيدِ قتْلٍ، أو بحَبْسٍ؛ كانَ باطلًا؛ لأنَّ الإِقْرارَ بِالرَّجْعَةِ ممَّا لا يصحُّ معَ الهَزْلِ فلا يصحُّ معَ الإِكْرَاهِ، كَالبَيْعِ والإِجَارَةِ»[٥].

قالَ: «وإذا أُكْرِهَ المُولي عَلىٰ أنْ يَفِيءَ، وكانَ فَيْئُه باللِّسانِ، إمَّا لصِغَرِها، أوْ لمرضِه، أوْ غيرِ ذلِك، فقالَ: فِئْتُ مُكْرهًا؛ صحَّ الفَيْءُ»[٦]؛ لأنَّ الفَيْءَ في

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبْسوط» [٣٨٥/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) مضىٰ تخريجه.
(٤) أي: محمَّد بن الحسن ﷺ.
(٥) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبْسوط» [٣٨٦/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٦) ينظر: المصدر السابق.

. . . .

الإِيلاءِ[(١)] باللسانِ ممَّا يصحُّ معَ الهَزْلِ؛ لأنَّه استِدامةُ النِّكَاحِ كالرَّجْعَةِ، فيصحُّ معَ الإِكْرَاهِ، ولوْ أُكْرِهَ على الإِقْرَارِ بِالفيءِ، كانَ باطلًا؛ لأنَّ الإِقْرَارَ ممَّا لا يصحُّ معَ الهَزْلِ، فَلا يصحُّ معَ الإِكْرَاهِ.

وقالَ الحاكِمُ ﷺ **في «الكافي»**: «ولوْ أكْرهَه بوعيدٍ تَلَفٍ حتَّى آلَىٰ مِن امرأتِه؛ فهوَ مُولٍ، وذلِكَ لأنَّ الإِيلاءَ يَمينٌ، والإِكْرَاهُ لا يَمْنَعُ تحقُّقَ اليَمِينِ، فإنْ ترَكَها أرْبعَةَ أشهُرٍ بانتْ منهُ؛ لأنَّ حُكْمَ الإِيلاءِ هذا، ولا يَرْجِعُ عَلىٰ المُكْرِهِ بشيءٍ، سواءٌ كانتِ المرْأةُ مدْخولًا بِها أوْ غيرَ مدْخولٍ بِها»[(٢)].

أمَّا الأوَّلُ: فَظاهِرٌ؛ لأنَّ المَهْرَ وجَبَ عليْه بِالدُّخولِ السَّابقِ، لا بِالإِيلاءِ، ولأنَّه حصَلَ له عِوَضُ المَهْرِ، وهوَ مَنافعُ البُضْعِ، ولا يَرْجِعُ عليْه بِما تلفَ مِن مِلْكِ النِّكَاحِ بسببِ البَيْنُونَةِ؛ لأنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ لا يُضْمَنُ بِالإِتْلافِ.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّه مختارٌ في البِرِّ لا مُكْرَهٌ مُضطرٌّ؛ لأنَّه كانَ يُمْكِنُه [٣/١٤ظ] أنْ يَقْرَبَها في مدَّةِ أرْبعةِ أشهُرٍ، وحُكْمُ القرْبَانِ وجوبُ الكفَّارةِ، وليسَ في وُجوبِ الكفَّارةِ إتْلافُ مالٍ؛ لأنَّه لا يُطالبُ بِه في الدُّنيا، ولا يُحْبَسُ بِه، ومتىٰ أمكَنَهُ التَّخلُّصُ عَن عُهدةِ الإِكْرَاهِ بِلا إتْلافِ مالٍ؛ لم يكُنْ مُضطرًّا في البِرِّ، فلا يَرْجِعُ بعُهْدتِه على المُكْرِهِ، هذا إذا لم يَقْرَبْها في المدَّةِ.

فإنْ قَرِبَها فوجبَتْ عليْه الكفَّارةُ، لا يَرْجِعُ عَلىٰ المُكْرِهِ بذلِك أيضًا؛ لأنَّه أكْرهَه عَلىٰ تَرْكِ القرْبَانِ لا عَلىٰ القرْبَانِ، فكانَ طائِعًا في القرْبَانِ، ولَئِن اعْتُبِرَ مُكْرهًا في القِرْبَانِ؛ لأنَّه إنَّما قَرِبَها خوفًا مِن البَيْنُونَةِ بتَرْكِ القِرْبَانِ في مدَّةِ أرْبعةِ [٦/٤٢٦و/م]

---

(١) وقع بالأصل: «والإيلاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٤٧٠].

. . . .

أشهُرٍ، فَلا يَرْجِعُ أيضًا.

أمَّا قبْلَ التَّكفيرِ: فلأنَّه مجرَّدُ إيجابٍ لا يُطالبُ بِه، ولا يُحْبَسُ عليْه، فَلا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلىٰ المُوجِبِ، وأمَّا إذا أكرهَه علىٰ التَّكفيرِ فكَفَّرَ؛ لا يَرْجِعُ أيضًا؛ لأنَّه أكْرهَه علىٰ إقامةِ الواجبِ، وذلِك لا يُوجِبُ ضمانًا؛ لأنَّه مُحْتَسِبٌ فيهِ.

وقالَ في «الأصْل»[1]: ولوْ كانَ أكْرهَه عَلىٰ أن يقولَ: إنْ قَرِبْتُها فهيَ طالقٌ ثلاثًا بوعيدِ تلفٍ صحَّ، فإنْ قربَها في مدَّةِ أربعةِ أشهُرٍ؛ لزِمَه المَهْرُ كاملًا بهذا الدُّخولِ، إن لم يكُنْ دخَلَ بِها، ولا يَرْجِعُ بذلِك علىٰ المُكْرِه؛ لأنَّه أكْرهَه علىٰ تركِ القِرْبَانِ لا عَلىٰ القِرْبَانِ، فكانَ طائعًا فيهِ، ولأنَّه حصَلَ لَه بِمقابلةِ المَهْرِ عِوَضٌ، وهُو ما اسْتَوْفَىٰ مِن مَنفعةِ البُضْعِ، فكانَ إيجابًا بعِوَضٍ.

فأَمَّا إذا لم يَقْرَبْها وترَكَها حتَّىٰ مضتْ أربعةُ أشهُرٍ فطَلُقَتْ؛ وجَبَ نصفُ المَهْرِ إنْ كانَ لَمْ يدخُلْ بِها، ولا يَرْجِعُ بِه عَلىٰ المُكْرِهِ؛ لأنَّه كانَ يَقْدِرُ عَلىٰ أنْ يَفِيءَ في المدَّةِ بإيلاجةٍ واحدةٍ[2]، وإن كانَ لا يحلُّ لَه الزِّيادةُ عليْها، فيَحْصُلُ له العِوَضُ، وهُو منفعةُ البُضْعِ بِما يَغْرَمُ مِن المَهْرِ، فإذا لم يُحَصِّلْ عِوَضَ المَهْرِ معَ الإمكانِ كانَ طائعًا، وإنْ كانَ دخَلَ بِها فبانتْ بمُضِيِّ المدَّةِ؛ لا يَرْجِعُ أيضًا بِما وجَبَ عليْه مِن كمالِ المَهْرِ؛ لأنَّه حصَلَ له عِوَضُ ما وجَبَ عليْه.

وكذلِك لَو أكْرهَه عَلىٰ أَن قالَ: إنْ قَرِبتُها فعبدِي هذا حُرٌّ؛ لأنَّه قادرٌ عَلىٰ بَيْعِه، فيَبيعُه ثمَّ يدخُلُ فَلا يكونُ مُضطرًّا في الإقْدامِ عَلىٰ ما أكرهَ، ولوْ كانَ بحالٍ لا يَقْدِرُ عَلىٰ بَيْعِه، أو كانتِ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ لَه، فإنْ قَرِبَ المرأةَ عَتَقَ، ولا ضَمَانَ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣٥٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) لأن الزيادة على الإيلاجة تكون بعد وقوع الثلاث بالإيلاجة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن».

وَالخُلْعُ مِنْ جَانِبِهِ طَلاقٌ أَوْ يَمِينٌ، لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ، فلو كَانَ هُوَ مكرها عَلَىٰ الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام.

عَلىٰ الَّذي أكرهَه؛ لأنَّه خالفَه فيما دعاهُ إليْه، فكانَ طائعًا فيما فعَلَ، وإنْ تركَها حتَّىٰ بانتْ بِالإيلاءِ، وقَد دخَلَ بِها؛ لم يَرْجِعْ عَلىٰ الَّذي أكْرهَه بشيءٍ أيضًا؛ لأنَّه بتَرْكِ القِرْبَانِ لا يلزَمُه المالُ؛ لأنَّه كانَ واجبًا قبْلَ ذلِك بِالدُّخولِ بوَصْفِ التَّأكيدِ، وإنَّما بَطَلَ مِلْكُ النِّكَاحِ، وأنَّه ليسَ بمُتَقَوِّمٍ حالةَ الخروجِ.

وإنْ لم يكُنْ دخَلَ بِها لزِمَه نصفُ المَهْرِ، ولا يَرْجِعُ بِه عَلىٰ المُكْرِهِ قياسًا؛ لأنَّه كانَ يُمْكِنُه أنْ يَقْرَبَها[1] في مدَّةِ أرْبعةِ أشهُرٍ، فيَحْصُلُ لَه عِوَضُ ما يَغْرَمُ مِن المَهْرِ، وهوَ مَنافعُ البُضْعِ، فإذا تركَ العِوَضَ معَ الإمْكانِ كانَ طائعًا.

وفي **الاستِحْسانِ** [٣/١٥و]: يَرْجِعُ عَلىٰ المُكْرِهِ بِالأقلِّ مِن نِصفِ المَهْرِ، ومِن قِيمَةِ الَّذي اسْتُحْلِفَ علىٰ عِتْقِه؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه التَّخلُّصُ عَن عُهدةِ الإِكْرَاهِ إلَّا بالإتْلافِ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُ المُدَبَّرِ وأُمِّ الولدِ، غيرَ أنَّ الضَّرورةَ تندفِعُ بأقلِّهِما، فكانَ مُختارًا في تحَمُّلِ الزِّيادةِ، فَلا يَرْجِعُ بِه عَلىٰ المُكْرِهِ.

قولُه: (وَالخُلْعُ مِنْ جَانِبِهِ طَلاقٌ أَوْ يَمِينٌ، لا [٦/٤٢٦ظ/م] **يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ)**، أي: لا يعْمَلُ الإِكْرَاهُ في الطَّلاقِ واليَمِينِ جميعًا، بَل يصِحّانِ معَه.

قالَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ ﷺ في بابِ الإِكْرَاه في الخُلْعِ والعِتْقِ والصُّلْحِ عنْ دمِ عمْدٍ علىٰ المالِ: «ولوْ أنَّ رَجُلًا أُكْرِهَ بوعيدِ قَتْلٍ أو تلفٍ حتَّىٰ خلعَ امرأتَه علىٰ ألفٍ، ومهرُها الَّذي تزَوَّجَها عليهِ أرْبعةُ آلافِ درْهمٍ، وقَد دخَلَ بِها، والمرأةُ غيرُ مُكرهةٍ، فالخُلْعُ جائزٌ، ولِلزوجِ علىٰ امرأتِه ألفُ درهمٍ، ولا شيءَ لِلزَّوجِ عَلىٰ الَّذي أكْرهَه»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «يقربه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٣٩/٧ - ٣٤٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

غاية البيان

أمَّا جوازُ الخُلْعِ: فلأنَّ الزَّوجَ مُكْرَهٌ علىٰ الطَّلاقِ، وطلاقُ المُكْرهِ جائزٌ بغيرِ بدلٍ عندَنا، فببدَلٍ أَوْلَىٰ، والمالُ واجبٌ علىٰ المرأةِ؛ لأنَّها طائعةٌ في بَذْلِ المالِ، ولا شيءَ لِلزَّوجِ علىٰ المُكْرهِ؛ لأنَّه لم يُتْلِفْ علىٰ الزَّوجِ مالًا، ولا أكَّدَ عليه مالًا علىٰ شرَفِ السُّقُوط؛ لأنَّ المَهْرَ كانَ مُتأكِّدًا بالدُّخولِ، وإنَّما أتلفَ عليه مِلْكَ النِّكاحِ بعِوَضٍ يسيرٍ، فبإتْلافِه بِلا عِوَضٍ لا يَضْمَنُ، فبِالعِوَضِ اليَسيرِ أَوْلَىٰ، هذا إذا أُكْرِهَ علىٰ الخُلْعِ والطَّلاقِ بمالٍ بعدَ الدُّخولِ.

فإنْ كانَ قبلَ الدُّخولِ: فهُو علىٰ وجهَيْنِ ذكَرَهُما شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»، أمَّا إنْ ساقَ الزوجُ المَهْرَ إليْها، أوْ لَمْ يَسُقْ: فإن ساقَ يَرْجِعُ الزَّوجُ علىٰ المُكْرِه بنصفِ الصَّدَاقِ في قولِهم جميعًا؛ لأنَّ المُكْرِهَ أكَّدَ علىٰ الزَّوجِ نصفَ مَهْرٍ كانَ علىٰ شرَفِ السُّقُوطِ إذا جاءتِ الفُرقةُ مِن قِبَلِها لوْلا الخُلْعُ، والآنَ لا يحْصُلُ لَه إلَّا نصفُ الصَّدَاقِ، ويُرَدُّ إليْه، والنصفُ الآخَرُ يَبْقَىٰ سالمًا لِلمرْأةِ عندَهُم جميعًا.

أمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: فلأنَّ البَرَاءَةَ وإنْ وقعَتْ لِلمرأةِ عَن ذلِك النِّصفِ بحُكْمِ الخُلْعِ؛ لأنَّ ذلِك ما يستحقُّه الزوجُ علىٰ المرأةِ بحُكْمِ الخُلْعِ؛ لم تصحَّ؛ لأنَّه إبراءُ مُكْرَهٍ، فإنَّ الزَّوجَ كانَ مُكرهًا علىٰ هذِه البَرَاءَةِ، والبراءةُ عنِ المالِ لا تصحُّ معَ الإكْرَاهِ، [وإن كانَ يصحُّ الطَّلاقُ معَ الإكْرَاهِ][1].

وعلىٰ قولِهما: لم تقَعِ البَرَاءَةُ لها علىٰ النِّصفِ[2] الَّذي لزِمَها الرَّدُّ، كما لوْ كانَ الزَّوجُ طائعًا في الخُلْعِ؛ لأنَّ الخُلْعَ علىٰ مالٍ مُسَمًّىٰ لا يُوجِبُ البَرَاءَةَ عمَّا يستحقُّه كُلُّ واحدٍ منهُما قِبَلَ صاحبِه بحُكْمِ النِّكاحِ عندَهُما، وإنَّما يوجبُها عندَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «علىٰ النصف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

أبي حَنِيفَةَ ﷺ، هذا إذا كانَ ساقَ المَهْرَ إليْها، فإنْ لَمْ يَسُقْ فعلىٰ قولِهما يَرْجِعُ الزوجُ علىٰ المُكْرِه بنصفِ الصَّدَاقِ في الخُلْعِ والطَّلاقِ علىٰ مالٍ جميعًا، وعندَ أبي حَنِيفَةَ: في الخُلْعِ لا يَرْجِعُ بشيءٍ.

وفي الطَّلاقِ علىٰ مالٍ: اختلفَ المشايخُ ﷺ علىٰ قولِه؛ قالَ [١٥/٣ظ] بعضُهُم: لا يَرْجِعُ عَلىٰ المُكْرِهِ بشيءٍ. وقالَ بعضُهُم [٤٢٧/٦و/م]: يَرْجِعُ بنصفِ الصَّدَاقِ، بخِلافِ ما لَو أُكْرِهَ عَلىٰ الخُلْعِ، وهذا فرْعُ ما ذكَروا في كتاب الطَّلاقِ أنَّ الخُلْعَ متىٰ وقَعَ عَلىٰ مالٍ مُسَمًّىٰ، فَعلىٰ قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يقتصرُ علىٰ المالِ المُسمَّىٰ، بَل يتعدَّىٰ إلىٰ ما يسْتَحقُّ كُلُّ واحدٍ منهُما قِبَلَ صاحبِه بحُكْمِ النِّكَاحِ، والمَهْرُ دَيْنٌ لها قِبَلَ الزَّوجِ بحُكْمِ النِّكَاحِ، فيَبْرأُ الزَّوجُ عنهُ، وإنْ لم يَجْعَلا المَهْرَ بدلَ الخُلْعِ.

وعلىٰ قولِهما: لا تقعُ البَرَاءَةُ عنِ المَهْرِ مَتىٰ لم يُذكرِ المَهْرُ في الخُلْعِ.

وإذا بَرِئَ الزَّوجُ عنِ المَهْرِ بحُكْمِ الخُلْعِ عِندَ أبي حَنِيفَةَ: فالمُكْرِهُ بهذا الخُلْعِ لم يُؤَكِّدْ مهرًا كانَ عَلىٰ شرَفِ السُّقُوطِ، بَل أسقَطَه عنهُ وصحَّ الإسْقاطُ؛ لأنَّ الإبْراءَ حصَلَ مِن جهةِ المرْأةِ، وهِيَ طائعةٌ في الإبْراءِ.

وعلىٰ قولِهما: لَمَّا لَمْ يَبْرَأِ الزَّوجُ عنِ المَهْرِ، وجَبَ علىٰ الزَّوجِ رَدُّ نصفِ المَهْرِ بعدَ الخُلْعِ إلىٰ المرْأةِ، وكانَ ذلِك علىٰ شرَفِ السُّقُوطِ، فأكَّدَه المُكْرِهُ عَلىٰ الزَّوجِ، فيَرْجِعُ الزَّوجُ بنصفِ المَهْرِ عليْه.

وإنْ طَلَّقَها بمالٍ مُسَمًّىٰ سِوىٰ المَهْرِ، هَل تقَعُ البَرَاءَةُ للزَّوجِ عَن المَهْرِ؟ اختلفَ المشايخُ فيهِ، علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في كتاب الطَّلاق[1].

---

(١) عند الفقيه أبي بكر البلخي: تقع البراءة، وعند غيره مِن المشايخ: لا تقع، وبه يُفْتَىٰ. كذا ذكَر في «الفتاوىٰ الصغرىٰ». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

قَالَ: وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ لا يَلْزَمُهُ الحَدُّ.

وعندَهما: لا تقعُ البَرَاءَةُ عَن المَهْرِ بِالخُلْعِ، فبِالطَّلاقِ أَوْلَىٰ.

وقالَ في «الأَصْل»: «وكذلِك لوْ كانَ لرَجُلٍ على رَجُلٍ دَمُ عمْدٍ فأُكْرِهَ عَلىٰ أنْ يُصالحَه مِن ذلِك عَلىٰ ألفِ درْهمٍ، والَّذي قِبَلَه الدَّمُ غيرُ مكْرهٍ، فالصُّلحُ جائزٌ عَلىٰ ألفِ درْهمٍ»[1]، وذلِك لأَنَّه في جانبِ الوَلِيِّ: إسقاطُ الحقِّ، والإسقاطاتُ لا تتوقَّفُ صحتُها على الرِّضا، وفي جانبِ مَن عليْه القِصَاصُ: تَمليكُ المالِ بعِوَضٍ، وقَد رَضِيَ بذلِك، ولا يَضْمَنُ المُكْرهُ شيئًا؛ لأنَّ القِصَاصَ ليسَ بمالٍ، ولوْ أكْرهَه على العفْوِ عنِ القِصَاصِ بغيرِ بدلٍ لا يَضْمَنُ، فبالبدلِ أَوْلَىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لا يَلْزَمُهُ الحَدُّ)[2]. أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في **«مختَصَره»**[3]، ولَمْ يَزِدْ صاحبُ **«الهداية»** ﷺ علىٰ ما ذكَرَ القُدُورِيُّ، ولم يشْتَغِلْ بِبيانِ الدَّليلِ.

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبْسوطه»: «السُّلطانُ إذا أكرَهَ رَجُلًا على الزِّنا بامْرأةٍ، فزنَىٰ بها؛ كانَ أبو حَنِيفَةَ يقولُ أوَّلًا: بأنَّه يجبُ الحَدُّ عَلىٰ المُكْرَهِ، وهُو قولُ زُفَرَ ﷺ، ثمَّ رَجَعَ وقالَ: لا يجبُ الحَدُّ علىٰ المُكْرَهِ».

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبْسوط» [٧/٣٤٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) في «الحقائق»: والفتوىٰ علىٰ قولهما، وعليه مشىٰ الإمام البرهاني والنسفي وغيرهما. ينظر: «المبسوط» [٢٤/٨٩]، «التجريد» للقدوري [١١/٥٥٣٧]، «بدائع الصنائع» [٧/١٨٠]، «العناية شرح الهداية» [٩/٢٤٩]، «تبيين الحقائق» [٥/١٨٩]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٥٦]، «الترجيح والتصحيح» [ص ٥٧١]، «مجمع الأنهر» [٢/٤٣٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٣٠].

....

وَجْهُ قولِه الأوَّلِ: أنَّه طائعٌ، فيجِبُ عليْه الحَدُّ، كما إذا زَنىٰ مِن غيرِ إكْرَاهٍ، وذلِك لأنَّ الزِّنا لا يتَحَقَّقُ إلَّا بعدَ انتِشارِ الآلةِ، وانتشارُ الآلةِ لا يكونُ إلَّا بنشاطٍ واشْتِهاءٍ، والاشتِهاءُ دليلُ الطَّوَاعِيَةِ؛ لأنَّ المُكْرَهَ لا يشتَهِي [٦/٤٢٧ظ/م]؛ لأنَّه خائفٌ، والخوفُ يُنَافِي الاشتِهاءَ، فثَبَتَ أنَّه زِنا طائعٍ.

وَوجْهُ قولِه الثَّاني: أنَّ هذا زِنا مُكْرَهٍ، فلا يجبُ عليْه قياسًا علىٰ المرأةِ إذا أُكْرِهَتْ [٣/١٦و] علىٰ الزِّنا، حيثُ لا يجبُ عليْها الحَدُّ، وإنَّما قُلنا: إنَّه مُكْرَهٌ؛ لأنَّ الإكْرَاهَ أمْرٌ حقيقيٌّ، وهوَ التَّخويفُ والتَّهديدُ بالقتلِ والقطعِ قدْ وُجِدَ، وهوَ إنْ لَمْ يُبِحِ الإقدامَ علىٰ الزِّنا؛ لأنَّه حَرامٌ لا يُباحُ [بحالٍ][1]، وَلا تسْقُطُ حُرمتُه بالضَّرورةِ، لا ينعقدُ سببًا لوجوبِ العُقوبةِ؛ لأنَّها شُرعَتْ للزَّجْرِ والرَّدْعِ، وإنَّما يَليقُ ذلِك بالقاصدِ المُطْلَقِ، وهوَ ليسَ بقاصدٍ مُطْلَقٍ؛ لأنَّه قصدَ بذلِك دَفْعَ الهلاكِ عَن نفسِه، لا عَيْنَ اقتِضاءِ الشَّهوةِ، ولِهذا لا يجبُ القِصَاصُ عَلىٰ المُكْرِهِ بالقتلِ، معَ أنَّ فِعْلَه محْظورٌ؛ لقيامِ الضَّرورةِ المُخِلَّةِ بقَصْدِه.

والجوابُ عن قولِه: إنَّ انتِشارَ الآلةِ لا يكونُ إلَّا بنشاطٍ واشتهاءٍ.

قُلنا: قَد يكونُ ذلِك طبْعًا بدونِ الاشتِهاءِ، فَلا تَثْبُتُ الطَّوَاعِيَةُ إِذَنْ، فإذا لم يجبِ الحَدُّ عَلىٰ قولِه الآخِرِ ـ وهوَ قولُهما ـ وجَبَ المَهْرُ، سواءٌ كانتِ المرأةُ طائعةً أوْ مُكرهةً علىٰ الزِّنا؛ لأنَّ الواطِئَ في دارِ الإسْلامِ في ملكِ الغَيرِ[2] لا يخْلو عَن حَدٍّ أو مَهْرٍ، فلمَّا انتفَىٰ الحَدُّ للإكْرَاهِ؛ وجَبَ المَهْرُ، سواءٌ أذِنَتِ المرأةُ في ذلِك أوِ اسْتُكْرِهَتْ؛ لأنَّ إذْنَها باطلٌ؛ لأنَّ الأَبْضَاعَ لا تُستباحُ بِالإباحةِ، ولا بِالضَّرورةِ، وهوَ آثِمٌ؛ لأنَّ الحرمةَ لمْ تَسْقُطْ، وإذا وجَبَ المَهْرُ علىٰ المُكْرَهِ؛ لم يَرْجِعْ بِما

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «ملك الغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

ضَمِنَ على المُكْرِهِ؛ لأنَّ منفعةَ الوطْءِ حَصلَتْ لَه، فكانَ إيجابًا بِعِوَضٍ يَعْدِلُه، فلَمْ يجبْ شيءٌ على المُكْرِهِ.

وقالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»: «فأَمَّا إذا حصَلَ الإِكْرَاهُ على الزِّنا مِن غيرِ السُّلطانِ، قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: بأنَّه يجبُ الحَدُّ على المُكْرِهِ في قولِه الأوَّلِ والآخرِ، وعَلى قولِ أَبي يوسُف ﷺ: لا يجبُ الحَدُّ؛ لأنَّ الإِكْرَاهَ مِن غَيرِ السُّلطانِ [لا يكونُ إكْراهًا عندَ أَبي حَنِيفَةَ، فكانَ[1] زِنا طائعٍ، وعندَهُما: يتَحقَّقُ الإِكْرَاهُ مِن غَيرِ السُّلطانِ][2] إذا خِيفَ منهُ ما يُخَافُ مِن جهةِ السُّلطانِ».

وقيلَ: هذا اختلافُ عَصْرٍ وزَمانٍ، لا اختلافُ حُجَّةٍ وبُرْهانٍ، فَفي زمَنِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: كانَ السُّلطانُ قاهرًا عادِلًا، وكانَ زمانَ غَوْثٍ وأَمْنٍ، ولَمْ يكُنْ مِن عادتِهِمُ التَّغلُّبُ، وفي زمانِهما: كانَ في المتغَلِّبينَ كثْرةٌ، ولم يكُن لِلسُّلطانِ قوَّةُ الدَّفعِ، فأجابَ كُلُّ واحدٍ منهُم على حسبِ زمانِه.

وقيلَ: هذا اختِلافُ حُجَّةٍ وبُرهانٍ، أعْني: أنَّه اختِلافٌ نشأَ عَن دليلٍ، ودليلُهما ظاهرٌ؛ لأنَّ الكلامَ فيما إِذا جاءَ مِن غَيرِ السُّلطانِ مِثْلُ ما يأْتي مِن السُّلطانِ في موضعٍ لا مَدْفعَ لَه عادةً، وفي مثْلِ هذا السُّلطانُ وغَيرُه سواءٌ، أَلا تَرىٰ أنَّه لوْ كانَ في غَيرِ [٦/٤٢٨و/م] المِصْرِ اعْتُبِرَ بِالإجْماعِ.

ولأَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هذا مما لا يغْلِبُ عادةً إِذا كانَ في المِصْرِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه يلحقُه الغَوْثُ مِنَ النّاسِ أوْ مِنَ السُّلطانِ فيندَفِعُ، والحُكْمُ لا يُبْنىٰ على النّادرِ، حتَّىٰ لوْ كانَ فِي موضعٍ يغْلِبُ كما في غيرِ المِصْرِ نعْتَبِرُه. كذا قالَ شيخُ الإسْلامِ

---

(١) وقع بالأصل: «فلأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنِ امْرَأَتُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالِاعْتِقَادِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ لَا يَكْفُرُ وَفِي اعْتِقَادِهِ الْكُفْرُ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ الْبَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ، فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ: قَدْ بِنْتُ مِنْكَ، وَقَالَ هُوَ: قَدْ أَظْهَرْتُ

عَلاءُ الدِّينِ رحمه الله في «شرْح الكافي».

وقالَ في «الأصْل»: «وإنْ أُكْرِهَتِ المرْأةُ [٣/١٦٦ظ] على الزِّنا؛ لمْ أقْضِ عليْها بحَدٍّ»[1].

قالَ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «شرْحه»: وليسَ لأَبي حَنِيفَةَ قولٌ أوَّلُ وآخرُ في فصْلِ المرْأةِ، فَيحتاجُ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله على قوله الأوَّلِ: إلى الفَرقِ بينَ الرَّجُلِ والمرْأةِ.

والفرقُ: أنَّه لمْ يوجدْ مِنَ المرْأةِ ما يدلُّ عَلى الطَّوَاعِيَةِ مِنِ انتشارِ الآلَةِ، فَبقِيَتْ مُكْرهةً على الزِّنا، والرَّجُلُ وُجِدَ منهُ ما يدلُّ عَلى الطَّوَاعِيَةِ، وهوَ انتِشارُ الآلَةِ، فاعْتُبِرَ طائعًا، وقَد ذكرَ أنَّ المُكْرَهَ عَلى الزِّنا يأثَمُ بِالزِّنا، ولم يَذكرْ أنَّ المرأةَ إذا أُكْرِهَتْ عَلى الزِّنا فزَنَتْ؛ هَل تأثَمُ؟

قالَ في «شرْح الكافي»: «رجوْتُ ألَّا تأثَمَ؛ لأنَّه لا فِعْلَ لَها، هذا كلُّه فيما إذا كانَ الإكْرَاهُ بوعيدِ تَلَفٍ، وإنْ كانَ بغَيرِ تلفٍ فعليهِ الحَدُّ؛ لأنَّه لمْ يوجَدِ الإكْرَاهُ المُلْجِئُ، فكانَ طائعًا، ولوِ امتنَعَ المُكْرَهُ مِن الزِّنا حتّى قُتِلَ؛ كانَ مأجورًا؛ لأنَّه بذَلَ نفسَه لإعْزازِ دِينِ اللهِ تَعالى اتقاءً مما حَرَّمَه اللهُ عز وجل.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنِ امْرَأَتُهُ مِنْهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختَصره»[2]، وذلِك لأنَّ الكُفرَ يَتعلَّقُ بِالاعتِقادِ؛ لأنَّه تبديلُ الاعتِقادِ، فإذا كانَ قلبُه مُطْمئنًّا بالإيمانِ حينَ أَجْرَى كلمةَ الكُفرِ عَلى لسانِه؛ رُخِّصَ لَه ذلِك، ولمْ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣٤٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٣٠].

ذَلِكَ وَقَلْبِي مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلَهُ ، إِسْتِحْسَانًا ، لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفُرْقَةِ وَهِيَ بِتَبَدُّلِ الِاعْتِقَادِ وَمَعَ الْإِكْرَاهِ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّبَدُّلِ فكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، بِخِلافِ الإِكْرَاهِ عَلَى الإِسْلامِ حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا ، لِأَنَّهُ لَمَّا اِحْتَمَلَ - وَاحْتَمَلَ - رَجَّحْنَا الْإِسْلَامَ فِي الْحَالَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى، وَهَذَا بَيَانُ الْحُكْمِ، أَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ ، وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الْإِسْلَامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْتَلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ [١٤٠/و] لِلْقَتْلِ.

غاية البيان

يُحْكَمْ بِكُفْرِه ، فإذا لم يَكْفُرْ لَمْ تَبِنْ منهُ امْرأتُه ، وفي اعتِقادِ الكُفرِ شَكٌّ ، فلمْ يَثْبُتْ بالشَّكِّ ، والأصلُ في ذلِكَ قولُه تعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل: ١٠٦] . وقصةُ[1] عمّارِ بنِ ياسرٍ رضي الله عنه.

فإنِ اختلفَ الزَّوجانِ، فقالتِ المرأةُ: اعتقدتَ بقلبِكَ الكفرَ حينَ أَجْرَيْتَ على لسانِكَ كلِمةَ الكفرِ بالإِكْرَاهِ، وَبِنْتُ منكَ، فقالَ الرَّجُلُ: أظهرْتُ الكفرَ بِلساني خوفًا مِنَ السَّيفِ، وقلْبي مُطمئنٌّ بالإيمانِ؛ فالقَولُ قولُه استِحسانًا، وكانَ القياسُ أَن يكونَ القولُ قولَ المرأةِ حتَّى يُفرَّقَ بينَهُما؛ لأنَّ الكفرَ سببُ البَيْنُونَةِ كَالطَّلاقِ، وفي الطَّلاقِ يَسْتَوِي الطّائعُ والمُكْرهُ، فكذا في الكُفرِ.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ الكُفرَ ليسَ بِموضوعٍ لِلبَيْنُونَةِ، وإنَّما تقعُ البَيْنُونَةُ إذا تبدَّلَ[2] الاعتِقادُ، والإِكْرَاهُ دليلٌ على عدَمِ التبدُّلِ، فَلا تَبِينُ منهُ.

قولُه: (بِخِلافِ الإِكْرَاهِ عَلَى الإِسْلامِ)، هذا جوابُ سؤالٍ بأنْ يُقالَ: كيفَ قُلتُم إنَّ الاعتقادَ معَ [٤٢٨/٦هـ/م] الإِكْرَاهِ لا يدلُّ على التبدُّلِ، وقَد حَصَلَ تبدُّلُ الاعتِقادِ معَ الإِكْرَاهِ في صورةِ الإِكْرَاهِ على الإسْلامِ؛ لأنَّه لم يُعْتَبرْ كافرًا كما كانَ،

(١) وقع بالأصل: «وقضية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «ابتدل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَىٰ إجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ: أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ، وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ، بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لا دِيَانَةً؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ، وَحُكْمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

بَل تبدَّلَ اعتِقادُه مِنَ الكُفرِ إلىٰ الإسْلامِ، فاعْتُبِرَ مُسلمًا؟

فقالَ في جوابِه: (**بِخِلافِ الإِكْرَاهِ عَلَىٰ الإِسْلامِ**[1])، وعلَّلَ بقولِه: (**لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ؛ رَجَّحْنَا الإِسْلامَ فِي الحَالَيْنِ**)، يعْني: لَمَّا احتمَلَ حالةَ الإسْلامِ واحْتملَ الكُفرَ، في حالِ الإكْرَاهِ علىٰ الرِّدَّةِ وفي حالِ الإكْرَاهِ علىٰ الإسلامِ؛ رجَّحْنا الإسلامَ في الحالَيْنِ جميعًا، حيثُ لم يَصِرْ كافِرًا في الصّورةِ الأُولىٰ، وصارَ مُسلمًا [٣/١٧و] في الصّورةِ الثّانيةِ؛ لأنَّ الإسْلامَ يعْلو ولا يُعْلَىٰ، وهذا في الحُكْمِ، فإنَّ القاضيَ يَقْضِي بالإسلامِ للمُكْرَهِ على الإسْلامِ إذا أسْلمَ، أمَّا إذا كانَ اعتِقادُه بخِلافِ ما أجْرَىٰ علىٰ لسانِه؛ فإنَّه ليسَ بِمُسْلمٍ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالىٰ، فلوْ أنَّه ارتدَّ بعدَ الإسْلامِ والحُكْمِ بِه، لا يُقْتَلُ؛ لوقوعِ الشُّبهةِ في إسْلامِه، وهيَ إسْلامُه بالإِكْرَاهِ، ويسْقُطُ القتلُ بِالشُّبْهَةِ.

قولُه: (**وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَىٰ إجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ: أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ، وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ، بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لا دِيَانَةً**)، ذكرَ هذا تَفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

وحاصلُ هذِه المسْألةِ: علىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ كما ذكَرَ في «**الأصْل**»، و«**الكافي**» و«**شُروحه**[2]»: أنَّ رَجُلًا لوْ قالَ لَه أهلُ الحرْبِ ـ وقَد أَخذوهُ أسيرًا ـ: لتَكْفُرَنَّ باللهِ أوْ لَنَقْتُلَنَّكَ، فكَفرَ بِاللهِ تَعالىٰ.

في وَجْهٍ: لا يَصيرُ كافرًا لَا في القضاءِ، ولا فيما بيْنَه وبينَ اللهِ تَعالىٰ.

---

(١) وقع بالأصل: «على السلام». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «من شروحه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طُلِبَ مِنِّي وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِي الْخَبَرَ عَمَّا مَضَى بَانَتْ دِيَانَةً وَقَضَاءً، لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالْكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مُخْلِصًا غَيْرَهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

وفي وَجْهٍ: يَكْفُرُ في القضاءِ حتَّى يُفَرِّق القاضي بينه وبينَ امْرأتِه إنْ كانَ لَه امرأةٌ، ولا يَكْفُرُ فيما بينه وبينَ ربِّه ﷻ، حتَّى وَسِعَه إمساكُ امْرأتِه فيما بينه وبينَ ربِّه ﷻ.

وفي وَجْهٍ: يَكْفُرُ في القضاءِ وفيما بينَه وبينَ ربِّه تعالى.

فأمَّا الوجهُ الأوَّلُ: فهُو ما أُكْرِهَ عَلى كلِمةِ الكُفرِ بوعيدِ تَلَفٍ، فتكلَّمَ بِه، ولمْ يخْطرْ ببالِه شيءٌ غيرُ ما أُكْرِهَ عليْه، وقلبُه مطمئنٌّ بالإيمانِ؛ ففيهِ: لا يَكْفُرُ أصلًا، لا قضاءً ولا دِيانَةً؛ لقولِه تَعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل: ١٠٦].

وأمَّا الوجهُ الثّاني: وهوَ أنَّه يَكْفُرُ قضاءً لا دِيَانَةً، فيما إذا خطرَ على بالِه الخبرُ بالكفرِ عمَّا مضى بالكذِبِ، بأنْ لَمْ يكُن كافرًا فيما مضى قطُّ، فقالَ: أردْتُ الخبَرَ بالكفرِ عمَّا مَضى بالكذِبِ، ولم أُرِدْ بِه كفرًا مستقبلًا، وإنَّما كفَرَ قضاءً لأنَّه عدَلَ عمَّا أُكْرِهَ عليْه؛ لأنَّه أُكْرِهَ عَلى إنشاءِ الكُفرِ، لا عَلى الإخْبارِ عَن الماضي، والإخبارُ غيرُ الإنشاءِ، فكانَ طائعًا في الإخبارِ، ومَن أقرَّ بالكفرِ فيما مَضى طائعًا ثمَّ قالَ: عنيْتُ بِه الكذبَ [٤٢٩/٦د/م]، لا يُصَدِّقُه القاضي؛ لأنَّه خلافُ الظّاهرِ؛ لأنَّ الظّاهرَ هُو الصّدقُ حالةَ الطَّوَاعِيَةِ، ولكِن يُصَدَّقُ دِيَانَةً؛ لأنَّه ادَّعَى ما يحتملُه لفْظُه.

وأمَّا الوجهُ الثّالثُ: وهوَ أنَّه يَكْفُرُ قضاءً ودِيَانَةً، فَفيما إذا قالَ: خطرَ على بالي الإخبارُ عنِ الكُفرِ الماضي بِالكذِبِ، ولمْ أُرِدْ ذلِك، بَل أردْتُ كفرًا مسْتقبلًا جوابًا لكلامِهِم، وذلِك لأنَّه أنشأَ كُفرًا طائعًا، ومَن أنشأَ كفرًا طائعًا يَكْفُرُ قضاءً ودِيَانَةً.

وإنَّما قُلنا: إنَّه طائعٌ؛ لأنَّه لَمَّا خطرَ ببالِه الإخبارُ بِالكفرِ الماضي كاذبًا؛ أمكنَه

وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبِّ مُحَمَّدٍ ﷺ فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيْتُ بِهِ الصَّلَاةَ لِلَّهِ وَمُحَمَّدا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ ﷺ بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لَا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّىٰ

غاية البيان

التخلُّص عمَّا أُكْرِهَ عليْه بالأدْنىٰ؛ لأنَّ الإخْبارَ دونَ الإنشاءِ، ألا ترىٰ أنَّه لوْ أُكْرِه علىٰ الإقْرارِ بِالعتقِ فأقرَّ؛ لا يَعْتِقُ العبدُ، ولوْ أُكْرِهَ علىٰ العِتْقِ فأعتقَ يَعْتِقُ، ومتىٰ أمكنَ التَّخلُّص بالأدْنىٰ ومعَ ذلِك أتىٰ بِالزِّيادةِ؛ كانَ طائعًا.

ولوْ قيلَ لَه: لَنَقْتُلَنَّكَ [٣/١٧ظ] أوْ لَتُصَلِّيَنَّ لِهذا الصَّلِيبِ؛ فالمسْألةُ علىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ أيضًا: إمَّا أَن يَقولَ: خطرَ عَلىٰ بالي أنْ أُصلِّيَ للهِ تَعالىٰ، وقَد صلَّيْتُ لَه ولمْ أُصَلِّ للصَّليبِ، أوْ يقولَ: خطرَ ببالي أنْ أُصَلِّيَ للهِ، فلَمْ أفعلْ ذلِك وصلَّيْتُ للصَّليبِ، أوْ يقولَ: لمْ يخطرْ بِبالي شيءٌ، وقد صلَّيْتُ للصَّلِيبِ مُكْرهًا.

أمَّا في الوجْهِ الأوَّلِ: فإنَّه لا يَكْفُرُ؛ لأنَّه صلَّىٰ للهِ تَعالىٰ لا للصَّلِيبِ، ولا فرْقَ أَن يكونَ مُسْتقبلَ القِبلةِ، أوْ غيرَ مُسْتقبِلها، وبِه صَرَّحَ الكَرْخِيُّ في «مختصَره»[1].

وأمَّا إذا قالَ: خطرَ عَلىٰ بالي أنْ أُصَلِّيَ للهِ تَعالىٰ، وتركْتُ ذلِك وصَلَّيْتُ للصَّلِيبِ؛ فإنَّه يَكْفُرُ قضاءً ودِيَانَةً؛ لأنَّه صلَّىٰ للصَّلِيبِ طائعًا؛ لأنَّه لَمَّا خطرَ علىٰ بالِه أنْ يُصَلِّيَ للهِ تَعالىٰ؛ فقَد أمْكنَه دَفْعُ الإكْرَاهِ بذلِك؛ لأنَّ المُكْرَهَ لا يعْرِفُ أنْ يُصَلِّيَ للهِ تَعالىٰ دونَ الصَّلِيبِ؛ لأنَّه لا اطِّلاعَ لَه عَلىٰ ما في ضميرِه، فإذا أمْكنَه دَفْعُ الإكْرَاهِ بهذا القدْرِ، فإنْ لَمْ يفعَلْ كانَ طائعًا في الصَّلاةِ للصَّلِيبِ، ومَن صلَّىٰ لِلصَّلِيبِ طائعًا؛ كفَرَ قضاءً ودِيَانَةً.

وأمَّا إذا قالَ: لمْ يخْطرْ علىٰ بالي شيءٌ، وقَد صَلَّيْتُ للصَّلِيبِ مُكْرَهًا؛ فإنَّه لا يَكْفُرُ أصلًا، لا قضاءً ولا دِيَانَةً؛ لأنَّه فعَلَ ذلِك مُكرهًا وقلْبُه مُطمئنٌّ بالإيمانِ، فصارَ كما لوْ تَكلَّمَ بِالكفْرِ وقلْبُه مُطمئنٌّ بالإيمانِ، ولمْ يخْطرْ علىٰ بالِه شيءٌ.

---

(١) ينظر: «البناية شرح الهداية» [١١/٧٣].

لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا ﷺ وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلَاةُ لِلَّهِ وَسَبُّ غَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ بَانَتْ مِنْهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً؛ لِمَا مَرَّ، ....

غاية البيان

ولوْ أُكْرِهَ علىٰ شَتْمِ محمَّدٍ ﷺ فشَتَمَه: فالمسألةُ علىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ أيضًا:

إمَّا أن يقولَ: خطرَ علىٰ بالي محمَّدٌ آخرُ رَجُلٌ منَ النَّصارَىٰ، فأردْتُ بالشَّتمِ ذلِك الرَّجُلَ النَّصرانيَّ.

أوْ يقولَ: خطَرَ علىٰ بالي رَجُلٌ منَ النَّصارَىٰ اسمُه محمَّدٌ، فلمْ أشتمْه، وإنَّما شتمْتُ محمَّدًا ﷺ، وأنا غيرُ راضٍ بذلِك.

أوْ يقولَ: لمْ يخطرْ ببالي شيءٌ، فشتَمْتُ محمَّدًا [٤٢٩/٦ظ/م] كما طُلِبَ منّي، وأنا غيرُ راضٍ بذلِك[1].

ففي الوجْهِ الأوَّلِ: لا يَكْفُرُ؛ لأنَّه لم يشْتمْ محمداً.

وفي الوجهِ الثّاني: وهوَ ما إذا خطرَ علىٰ بالِه ذلِك الرَّجُلُ، ولكنَّه لمْ يشْتمْه، وقالَ: شتمْتُ محمداً، فإنَّه يَكْفُرُ قضاءً ودِيَانَةً؛ لأنَّه لَمَّا خطَرَ ببالِه محمَّدٌ آخرُ؛ أمكنَه التخلُّصُ عنِ الإكْراهِ بشَتْمِ ذلِك الرَّجُلِ، فلَمَّا شتَمَ محمَّدًا ﷺ معَ ذلِك؛ كانَ طائعًا في الشّتمِ، ومَن شَتَمَه طائعًا كفَرَ قضاءً ودِيَانَةً.

وفي الوجهِ الثّالثِ: وهوَ [ما][2] إذا لمْ يخْطرْ علىٰ بالِه شيءٌ لا يَكْفُرُ؛ لأنَّه مضطرٌّ فيما فعَلَ، فصارَ كما لوْ تكلَّمَ بكلمةِ الكُفرِ، ولمْ يخطرْ علىٰ بالِه شيءٌ وقلْبُه مُطْمئنٌّ بالإيمانِ.

والصَّلِيبُ: شيءٌ مُثَلَّثٌ يعْبُدُه النَّصارَىٰ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [١٧٩/٧]، «البناية شرح الهداية» [٧٢/١١]، «البحر الرائق» [١٣٠/٥]، «مجمع الأنهر» [٦٩٢/١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةً عَلَىٰ هَذَا فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي»، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قولُه: (وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةً عَلَىٰ هَذَا فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي»).

أرادَ بذلِك: أنَّ في كلٍّ واحدةٍ مِن المسائلِ الثّلاثِ ـ أعْني: في الإِكْرَاهِ عَلىٰ الرِّدَّةِ، والإِكْرَاهِ عَلىٰ الصَّلاةِ لِلصَّلِيبِ، والإِكْرَاهِ عَلىٰ شَتْمِ محمَّدٍ ﷺ ـ ثلاثةَ أوجهٍ، وقدِ استَوْفَيْنا بيانَها بعونِه تَعالىٰ.

والله أعْلمُ.

[هذا آخرُ الدّفترِ الخامسَ عشرَ مِن كتابِ «غاية البيانِ» شرْح «الهداية» مِن نسخةِ السَّوَاد التي وقَعَ عليْها خطُّ يدي وَقْتَ الشَّرح، فرغْتُ عنه ببَغْداد في الثّاني والعشرين مِن ذي القَعْدة سنةَ اثنتينِ وأرْبعينَ وسبعِ مائةٍ، ويتْلوهُ في السّادسَ عشَرَ: كتابُ الحَجْر إن شاءَ اللهُ تَعالىٰ. حرَّرَه العبدُ الضَّعيفُ الشّارِحُ أبو حنيفةَ أمير كاتِب بن أمير عُمَر العميد المدعوّ بـ: بِقِوَام الفَارَابِيّ الأَتْقانِيّ. غفرَ اللهُ لَه ولوالديْه.][1].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«س».



كتابُ الحَجْرِ

قَالَ: الأَسْبَابُ المُوجِبَةُ لِلحجْرِ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ، فَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلا تَصَرُّفُ العَبْدِ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ.

[٧/٦١ظ/م] [بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ربِّ يَسِّر][١]

كتابُ الحَجْرِ

[٣/١٨و] إيرادُ كتابِ الحَجْرِ عَقِيبَ كتابِ الإِكْرَاهِ لِمُناسبةٍ بينَهُما في أنَّ كُلَّ واحدٍ [منهُما][٢] يسْلُبُ وَلايَةَ المُخْتَارِ عَن الجَرْيِ على مُوجبِ الاختيارِ، ولكنَّ الإِكْرَاهَ أَقْوى أثرًا؛ لكونِه مُفْسدًا للاختيارِ عمَّنْ لَه اختيارٌ صحيحٌ، كالبَالغِ العاقلِ، بخِلافِ الحَجْرِ؛ فإنَّه يسْلُبُ الوَلايَةَ ممَّنْ ليسَ لَه وَلايَةٌ كاملةٌ واختيارٌ صحيحٌ: كالمَجْنُونِ، والرَّقِيقِ والصَّغِيرِ، فقُدِّمَ الإِكْرَاهُ لقُوَّتِه.

قولُه: ([قَالَ][٢]: **الأَسْبَابُ المُوجِبَةُ لِلحَجْرِ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ، فَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلا تَصَرُّفُ العَبْدِ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ**)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختَصَره»[٣].

الحَجْرُ في اللُّغَةِ: المَنعُ، يُقالُ: حَجَرَ عليْه القاضي يَحْجُرُ؛ إذا منَعَهُ مِن التَّصرُّفِ، ولِهذا سُمِّيَ العَقْلُ حِجْرًا؛ لمَنْعِه مِن القَبَائِحِ، قالَ تَعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

أَمَّا الصَّغِيرُ فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِذْنَ الْوَلِيِّ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ، وَالرِّقُّ لِرِعَايَةِ حَقِّ الْمَوْلَى؛ كَيْلَا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ. وَلَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدَّينِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ

﴿قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥].

منهُ قولُ بعضِهم[1]:

لا يَتَمَادَى فِي اتِّبَاعِ الهَوَى ✤ إلَّا الَّذِي فِي عَقْلِهِ وَهْيُ
فَالعَقْلُ عَقْلٌ وَالحِجَا حَاجِزٌ ✤ وَالحِجْرُ حَجْرٌ وَالنُّهَى نَهْيُ

ومنهُ سُمِّيَ حَطِيمُ الكَعْبَةِ: حِجْرًا؛ لأنَّه حُجِرَ مِنَ البيتِ، أيْ: مُنِعَ، وسُمِّيَ الحَرَامُ حِجْرًا؛ لأنَّه ممْنوعٌ منهُ[2].

قالَ ابنُ دُرَيْدٍ: «وسُمِّيَتِ الأُنثى مِن الخيلِ حِجْرًا؛ لأنَّها حُجِرَتْ عَن الذُّكُورِ، إلَّا عَن فَحْلٍ كريمٍ»[3].

وقيلَ: سُمِّيَ الحَجَرُ حَجَرًا؛ لصلابتِه وامتِناعِه عنِ التأثُّرِ.

وفي اصطِلاحِ الفُقهاءِ: عبارةٌ عَن حَجْرٍ مخْصوصٍ، وهُو الحَجْرُ الحُكْمِيُّ الَّذي لا يَصيرُ تصَرُّفُ المَحْجُورِ عليْه مُفيدًا[4] حتَّى إذا باعَ وحصَلَ القبضُ لا يفيدُ المِلْكَ، وهذا هو الفرْقُ بينَ الحَجْرِ والنَّهْي، فإنَّ النَّهْيَ يُفِيدُ المِلْكَ بعدَ القبضِ كما في البَيْعِ الفَاسِدِ، وإن كانا في اللُّغةِ سواءً[5].

---

(١) لم نظفر بتسمية القائل.
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن تسمية العَقْل حِجْرًا.

(٢) قال تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾، أي: حرامًا محرَّمًا. قاله أبو عبيد. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن»، وينظر: «الغَرِيبَيْن في القرآن والحديث» لأبي عبيد الهَرَوي [٢/٤٠٨].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٣٦].

(٤) وقع بالأصل: «مقيدًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) وفي الاصطلاح: المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص، وهو الصغير والرقيق والمجنون.=

الْمَوْلَى بِالْإِذْنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ. وَالْمَجْنُونُ لَا تُجَامِعُهُ الْأَهْلِيَّةُ فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ. ....

وأسبابُ الحَجْرِ ثلاثةٌ: وهي ما ذُكِرَ في «الكتابِ»: مِن الصِّغَرِ، والرِّقِّ، والجُنُونِ. وقد أُلْحِقَ بهذه الثلاثةِ ثلاثةٌ أُخرى، وهي: المُفْتِي الماجِنُ، والطَّبيبُ الجاهِلُ، والمُكَارِي المُفْلِسُ. رُوِيَ ذلك عن أبي حنيفةَ رحمه الله. وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. ﴿وَابْتَلُوا﴾، أي: اخْتَبِرُوا[1].

وبلوغُ النِّكاحِ: أن يحتلِمَ؛ لأنَّه يَصلُحُ للنِّكاحِ عنده. ومعنى ﴿آنَسْتُم﴾، أي: عَلِمْتُم. ومعنى الرُّشْدِ: الطَّريقةُ المستقيمةُ التي يَثِقُونَ[2] معها منهم بحفظِ أموالِهم. كذا قال الزَّجَّاجُ[3].

وَجْهُ الاستدلالِ بالآيةِ: أنَّ اللهَ تعالى منعَ مِن دفعِ المالِ قبلَ البلوغِ ووجودِ الرُّشْدِ، وهذا المعنى لا يوجدُ مع الصِّغَرِ والجُنُونِ، فدلَّ أنَّ تصرُّفَهم في المالِ لا يصحُّ.

ولقولِه تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥].

وقيلَ [illegible]: إنَّ الرِّقَّ ليس بحَجْرٍ في الحقيقةِ؛ لأنَّ العبدَ لا يملِكُ شيئًا، وإنَّما هو ممنوعٌ مِن التَّصرُّفِ في مالِ [illegible] المولى، والمنعُ مِن التَّصرُّفِ في مالِ الغيرِ لا يُسمَّى حَجْرًا. أصلُه: سائرُ الأحرارِ. ألا ترى أنَّه لمَّا لم تصحَّ عقودُه ولم يَجُزْ

= ينظر: «التعريفات» [ص [illegible]]، مع «العناية شرح الهداية» [[illegible]].

(١) ينظر: «فتاوى النوازل» [ص [illegible]]، «مختصر الطحاوي» [ص [illegible]]، «مختصر اختلاف العلماء» [[illegible]]، «المبسوط» [[illegible]]، «الفقه النافع» [[illegible]]، «بدائع الصنائع» [[illegible]]، «الفتاوى قاضي خان» [[illegible]]، «تبيين الحقائق» [[illegible]].

(٢) عند الزجاج: يثقون.

(٣) ينظر: «معاني القرآن وإعرابه» لأبي إسحاق الزجاج [٢/ ١٤].

. . . .

غاية البيان

إقرارُه مطلقًا؛ جُعِلَ بمنزلةِ المَحْجُورِ عليْه، ولأنَّه مَوْلِيٌّ عليْه كَالصَّغِيرِ.

ثمَّ اعْلَمْ: أنَّ تصَرُّفَ الصَّغِيرِ يجوزُ بإذْنِ الوَلِيِّ إذا كانَ يعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ.

وقيلَ: الإذنُ ينعقدُ موْقوفًا علىٰ إجَازَةِ الوَلِيِّ.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لا تصحُّ تصرُّفاتُ الصَّبِيِّ أصلًا[1].

وَجْهُ قولِه: أنَّا أجْمعْنا أنَّه مَحْجُورٌ قبْلَ الإذنِ، وإنَّما كانَ مَحْجُورًا لصِبَاهُ، والصِّبَا قائمٌ بعدَ الإذنِ، فيَبْقَىٰ الحَجْرُ عليْه.

ولنا: قولُه تَعالىٰ: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٦].

وَجْهُ الاستدْلالِ: أنَّ الابتِلاءَ هوَ الاختِبارُ بالتَّمكينِ مِنَ التَّصَرُّفِ في بعضِ المالِ، حتَّىٰ يُعْلَمَ أنَّه حافظٌ لمالِه مُصْلِحٌ أوْ مُفْسِدٌ، ويُوقَفَ علىٰ رُشْدِه وَغَيِّه، فدلَّ علىٰ جوازِ الإذنِ، وصحَّةِ تصَرُّفِ الصَّغِيرِ بعدَ الإذْنِ، فلَوْ لمْ يدلَّ علىٰ صحَّةِ تصرُّفِه بدونِ الإذنِ لمْ يكُن للأمْرِ بالابتِلاءِ فائدةٌ، ولأنَّه باشَرَ تصرُّفًا مشروعًا، وهوَ مِن أهْلِ المُبَاشَرَةِ حقيقةً وشرعًا، فيجِبُ أَن ينعقِدَ، وهذا التَّعليلُ لِمَا قبْلَ الإذْنِ.

أمَّا بعدَ الإذنِ: فنقولُ: إنَّه باشَرَ تصرُّفًا مشروعًا، وهوَ مِنْ أَهلِ المُبَاشَرَةِ حقيقةً وشرعًا، ولَه ولايةٌ علىٰ المحلِّ، فوَجَبَ أنْ تَنْفُذَ قياسًا علىٰ البَالِغِ.

وإنَّما قُلْنا: إنَّه باشَرَ تَصرُّفًا مشْروعًا؛ لأنَّ التصرُّفَ هوَ البَيْعُ، وقَد جعلَه اللهُ مشْروعًا مُطلقًا بقولِه تَعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنَّ اللهَ تَعالىٰ جعلَ البَيْعَ مشروعًا لمصالحِ العِبادِ قضاءً لحوائجِهم، فالصبيُّ محتاجٌ إلىٰ

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٥٥٢]، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣/١٢]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٠٢].

. . . .

ذلِك كالبَالِغِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ في عَقْلِه قُصورًا ونقصانًا، وذلِك ينجَبِرُ بإذْنِ المَوْلىٰ، وإنَّما قُلنا: إنَّه مِن أهلِ المُبَاشَرَةِ؛ لأنَّه عاقلٌ يُمَيِّزُ بينَ الخيرِ والشَّرِّ، والضَّررِ والنفْعِ، وكلامُنا فيه، وبالعَقْلِ المُمَيِّزِ يكونُ قادرًا علىٰ المُبَاشَرَةِ.

ولِهذا يصحُّ عندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: اختيارُه أحدَ الأبوَيْنِ عندَ الفُرقةِ[1]، وتصحُّ وصيَّتُه بأعمالِ البِرِّ، فدلَّ أنَّه مِن أهلِ المُبَاشَرَةِ حقيقةً.

وأمَّا شرعًا: فلأنَّ القُدرةَ الشَّرْعِيَّةَ إنَّما تُستفادُ بإذْنِ الشَّرْعِ، وإذْنُ الشَّرْعِ وُجِدَ مُطلقًا؛ لأنَّ البَيْعَ مشروعٌ بإذْنِ اللهِ تَعالىٰ مُطلقًا، ولأنَّ توارثَ الأُمَّةِ مِن لَدُنْ رسولِ اللهِ ﷺ إلىٰ يومِنا هذا في بَعْثِ الصِّبيانِ لِقضاءِ الحوائجِ في الشِّرَاءِ مِن السُّوقِ، مِن غَيرِ نكيرٍ مِنَ الخاصِّ [٢/٧ظ/م] والعامِّ دليلٌ علىٰ أنَّ تصرُّفَ الصَّغِيرِ بعدَ الإذْنِ صَحيحٌ، والتوارُثُ مِن أقوىٰ الحُجَجِ.

ولا يَرِدُ علَيْنا الطَّلاقُ والعَتَاقُ، حيثُ لا يصحُّ تصَرُّفُ الصَّغِيرِ فيهِما أصلًا بإذْنِ المَوْلىٰ؛ لأنَّه ضَرَرٌ مَحْضٌ لا يَشُوبُه نَفْعٌ، فَلا ينجبرُ بإذْنِ المَوْلىٰ.

وأمَّا تصَرُّفُ العبدِ: فإنَّما جازَ بإذْنِ المَوْلىٰ لأنَّ العبدَ مُكَلَّفٌ صحيحُ القولِ، ولِهذا يجبُ عليْه [٣/١٩و] العبادةُ البدنيَّةُ المحْضةُ، كالصَّلاةِ والصَّومِ، وإنَّما مُنِعَ مِنَ التَّصرُّفِ لحقِّ المَوْلىٰ؛ لأنَّه لوْ جازَ تصرُّفُهُ؛ تعلَّقَتْ دُيونُه برقبتِه، ورقبتُه للمَوْلىٰ، فَمُنِعَ لحَقِّهِ، فإذا أَذِنَ لَه مَوْلاهُ؛ جازَ تَصرُّفُه لِزوالِ المانِعِ؛ لأنَّ المَوْلىٰ أسقطَ حقَّه.

ويدلُّ علىٰ جوازِ الإذْنِ: ما رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «كَانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٩٤/٨]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣١٧/٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٠٣/٩].

أَمَّا الْعَبْدُ فَأَهْلٌ فِي نَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ يُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ فَلِهَذَا وَقَعَ الفَرْقُ.

المَمْلُوكِ»(١)، ومعلومٌ أنَّه كانَ لا يُجيبُ دَعْوةَ المَحْجُورِ، فثَبَتَ أنَّه كانَ يُجيبُ دَعْوةَ المأْذونِ، فلوْلا أنَّ الإذنَ جائزٌ؛ لَمْ يُجِبْ دعوةَ المأْذونِ.

وأمَّا المَجْنُونُ المَغْلُوبُ: فإنَّما لا يجوزُ تصرُّفُه بحالٍ، لا قبْلَ الإذنِ ولا بعْدَ الإذنِ؛ لعدمِ أهلِيَّتِه؛ لأنَّه ليسَ بقادرٍ علىٰ التصرُّفِ؛ لعدَمِ العَقْلِ المُمَيِّزِ بينَ الخيرِ والشَّرِّ، والنَّفعِ والضُّرِّ، ولا يصحُّ التصرُّفُ بدونِ الأهْليَّةِ، ولأنَّ(٢) قصْدَه ليسَ بِصحيحٍ، فصارَ كالهازِلِ.

وأرادَ بِالمَجْنُونِ المَغْلُوبَ: الَّذي يُجَنُّ ولا يُفِيقُ، وهُو المَغْلُوبُ علىٰ عقْلِه، وهوَ احْترازٌ عنِ الَّذي يُجَنُّ ويُفِيقُ، وهُو المَعْتُوهُ، فإنَّ حُكْمَه حُكْمُ الصَّبِيِّ، كما سَيَجِيءُ بعدَ هذا.

قولُه: (يُرْتَقَبُ)، علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ لِلمفْعولِ. [أيْ: يُنْتَظرُ](٣).

قولُه: (فَلِهَذَا وَقَعَ الفَرْقُ)، أيْ: لأجْلِ أنَّ العبدَ أهْلٌ في نفسِه، والصَّبِيُّ يُنْتَظرُ أَهْلِيَّتُه إلىٰ وقتِ إِذْنِ الوَلِيِّ، فإذا وُجِدَ الإذْنُ كانَ ذلِكَ دليلَ أهلِيَّتِه، والمَجْنُونُ ليسَ لَه أهلِيَّةٌ أصلًا؛ وقَعَ الفرقُ بينَ المَجْنُونِ وبينَهما، حيثُ جازَ تصرُّفُهما بعدَ الإذْنِ، ولمْ يَجُزْ تصرُّفُ المَجْنُونِ الَّذي لا يُفِيقُ بحالٍ، لا قبْلَ الإذْنِ ولا بعْدَه.

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/١٠٢٧٧]، والترمذي في كتاب الجنائز/ باب آخر [رقم/١٠١٧]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق [رقم/٢٢٩٦]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/٢١٤٨]، والحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» [٢/٥٠٦]، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ به. قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم عن أنس، ومسلم الأعور يُضَعَّف». وقال العراقي: «ضَعِيف». ينظر: «تخريج أحاديث الإحياء» للعراقي [١٣٩١/٣].

(٢) وقع بالأصل: «وأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا وَهُوَ يَقْصِدُ البَيْعَ وَيَعْقِلُهُ؛ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبْدِ

غاية البيان

قولُه: (**قَالَ: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا وَهُوَ يَقْصِدُ البَيْعَ وَيَعْقِلُهُ؛ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ**)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ في «**مختصره**»[1].

اعلَمْ: أنَّ القُدُوريَّ ﷺ ذكرَ أوَّلًا الأسبابَ المُوجبةَ لِلحَجْرِ، وهيَ: الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجُنُونُ، وكلُّ واحدٍ منهُما يدلُّ علىٰ مَن قامَ هوَ بِه. أعْني: علىٰ الصَّغِيرِ، والرَّقِيقِ، والمَجْنُونِ مطلقًا.

ثمَّ قالَ[2]: «ومَن باعَ مِن هؤلاءِ شيئًا»[3]، أيْ: مِن هؤلاءِ المذْكورِينَ الثَّلاثةِ، فلِلوَلِيِّ الخيارُ في الإجازَةِ والفسْخِ إذا كانَ المباشِرُ لِلعقدِ يعْقِلُ البَيْعَ ويقْصِدُه. يعْني: إذا باعَ الصَّغِيرُ شيئًا، أوِ اشْتراهُ؛ تَلْحقُه الإجازَةُ، فإنْ عقلَ معْنىٰ العقْدِ جازَ، وإلَّا فَلا، وكذا العبدُ الصَّغِيرُ، وكذا المَجْنُونُ الَّذي يُجَنُّ [٣/٧و/م] ويُفِيقُ إذا عقَدَ فأجازَه الوَلِيُّ جازَ ذلِك إذا كانَ العقدُ في حالِ إفاقتِه ومعرفتِه معْنىٰ البَيْعِ.

ثمَّ اعْلمْ: أنَّ نَقْلَ رِوايةِ القُدُوريِّ في نُسَخِ «**الهداية**» كما أثبَتْناهُ، ولمْ يذكرْ في «**الهداية**» لفْظ: «أوِ اشتراهُ»، وهوَ مُثْبَتٌ في «**المختَصَر**» و«**البِداية**» أيضًا، وكانَ في «**الهِداية**» وقَعَ سهوًا مِن الكاتِبِ، ويدلُّ علىٰ ما قلتُ: اشتِغالُ صاحِبِ «**الهِداية**» ﷺ بالسؤالِ والجوابِ.

ولِهذا قالَ في «شرْح الأقْطع»: «فإذا باعَ واحدٌ مِن هؤلاءِ وقَفَ علىٰ مَن يَمْلِكُ الإجازَةَ، فأمَّا ما ذكرَ [٣/١٩ظ] مِن الشِّراءِ، فصحيحٌ أيضًا، والأصْلُ فيهِ: أنَّ الشِّراءَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

(٢) أي: القُدُوريُّ ﷺ.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

لِحَقِ الْمَوْلَىٰ فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّىٰ مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلَا بُد أَنْ يَعْقِلَا الْبَيْعَ لِيُوجَدَ رُكْنُ الْعَقْدِ فَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا عَلَىٰ الْإِجَازَةِ،

عندَنا لا يقِفُ في حقِّ غيرِ هؤلاءِ؛ لأنَّ العقدَ إنَّما يقِفُ إذا لمْ يجدْ نفاذًا، والشِّرَاءُ يلزمُ العاقِدَ، ثمَّ ينتقِلُ مِن جهتِه، فإذا كانَ بغيرِ أمْرٍ نَفَذَ علَىٰ العاقِدِ فيلزَمُه، ولمْ يقِفْ، والشِّرَاءُ في حقِّ هؤلاءِ لمْ يجدْ نفاذًا فوقَفَ.

أَلا تَرىٰ أنَّ العاقدَ لا يلزمُه العقدُ بقولِه، فصارَ مِنْ هذا الوجْهِ بمنزلةِ البَيْعِ، فوقَفَ علىٰ رأيِ الوَلِيِّ الَّذي ينعقِدُ العقدُ بقولِه»[1].

ثمَّ قولُه: (فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ)، الأبُ والوَصِيُّ فيه سواءٌ، أَلا تَرىٰ إلىٰ ما ذكرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في كتاب المأْذون في باب الصَّبِيّ والمَعْتُوه يأذَنُ له أبوهُ أوْ وصيُّه في التِّجارةِ: «إذا باعَ الصَّبِيُّ مالَه، واشْترىٰ لنفسِه شيئًا قبْلَ الإذْنِ، وهوَ صَغيرٌ يعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ؛ انعقدَ بَيْعُه وشِراؤُه، حتَّىٰ لوْ أجازَ الأبُ[2] أوِ الوَصِيُّ؛ جازَ عندَنا.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لا يجوزُ؛ لأنَّه عديمُ العَقْلِ حُكْمًا؛ لأنَّه مَوْلِيٌّ عليْه، فلوْ كانَ عديمَ العَقْلِ حقيقةً كالطِّفْلِ والمَجْنُونِ؛ لمْ يَنْفُذْ تصرُّفُه بالإجازةِ، فكذا هذا».

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ﴾، إلىٰ آخرِ ما بيَّنَّا قبْلَ هذا، ولأنَّ الصَّغيرَ العاقلَ يعقِلُ معْنىٰ البَيْعِ صحيح العِبارةِ، وإنَّما الحَجْرُ لتوهُّمِ الضَّررِ، والضَّررُ ينْجَبِرُ برأْيِ المولىٰ، فيَنْفُذُ تصرُّفُه كما في العبدِ البالِغِ.

وفسَّرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في شرْح كِتابِ المأْذون معْنىٰ قولِ محمَّدٍ ﷺ، وهوَ يعقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ. أيْ: يعْقِلُ معْنىٰ البَيْعِ والشِّرَاءِ، بأنْ عرَفَ

---

(١) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٧].

(٢) وقع بالأصل: «الوَلِيّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَالمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُرَجِّحُ الْمَصْلَحَةَ عَلَى الْمَفْسَدَةِ وَهُوَ الْمَعْتُوهُ الَّذِي يَصْلُحُ وَكِيلاً عَنْ غَيْرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الْوِكَالَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي الْبَيْعِ. أَمَّا الشِّرَاءُ فَالْأَصْلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَى الْمُبَاشِرِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيْهِ، كَمَا فِي شِرَاءِ الْفُضُولِيِّ، [١٤٠/ظ] وَهُنَا لَمْ نَجِدْ نَفَاذًا لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ أَوْ لِضَرَرِ الْمَوْلَى فَوَقَفْنَاهُ.

غاية البيان

أنَّ البَيْعَ سالِبٌ للمِلْكِ، والشِّرَاءَ جالِبٌ، وعرَفَ الغَبْنَ اليسيرَ مِن الغَبْنِ الفاحشِ، لا نَفْسَ العبارةِ، فإنَّه ما مِن صبيٍّ لُقِّنَ البَيْعَ والشِّرَاءَ إلا ويتلَقَّنُهما، وإنَّما يُرِيدُ بِه: يعْقِلُ معْناهُما.

ومعْنَى قولِ القُدُوريِّ ﵀: (ويقصدُه)، أيْ: ويقْصِدُ البَيْعَ والشِّرَاءَ، وهوَ احترازٌ عنِ الهازلِ والخاطِئِ.

وإنَّما قَيَّدَ بقولِه: (يعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ)، احترازًا عمَّا إذا كانَ كلُّ واحدٍ مِن هؤلاءِ الثَّلاثةِ لا يعْقِلُ؛ لأنَّ الإذْنَ لا يُفِيدُ حينَئذٍ؛ لأنَّ المقْصودَ مِن [٣٣/٧ظ/م] الإذْنِ التِّجارةُ، ولا تتهَيَّأُ التِّجارةُ لمَنْ لا يعْقِلُ؛ لأنَّ صحَّةَ التِّجارةِ بِالعبارةِ، ولا صحَّةَ لِعبارةِ مَن لا يعْقِلُ، فصارَ كالبَهيمةِ في عدَمِ إفادةِ الإذْنِ.

قولُه: (وَالمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ)، أرادَ بِه: المَعْتُوهَ المختلِطَ الكلام، الَّذي يُشْبِهُ كلامُه مرةً كلامَ العقَلاءِ، وتارةً كلامَ المَجانينِ.

قولُه: (قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيْهِ، كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ)، يعْني: نعمْ إنَّ الأصلَ في الشِّرَاءِ النَّفاذُ علَى المباشِرِ بِلا وقْفٍ، ولكِن إذا وجدَ الشِّرَاء النفاذَ علَى المباشِرِ كما في شراءِ الفُضُولِيِّ؛ يَنْفُذُ شِراؤُه عليْه، ولا يتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الغَيرِ الَّذي اشْترى الفُضُولِيُّ لأجْلِه؛ لأنَّ الفُضُولِيَّ مِن أهلِ أن يَمْلِكَ المُشْتَرَى، ومِن أهلِ أن يجبَ عليْهِ الثَّمنُ.

. . . .

أمَّا هُنا [٣/٢٠و] فيما نحنُ فيهِ في شراءِ الصَّغِيرِ والمَجْنُونِ الَّذي يُجَنُّ ويُفِيقُ، والعبدُ لمْ يجِدْ لِلشِّرَاءِ نَفاذًا على المباشِرِ؛ لعدَمِ الأهليَّةِ في الصَّغِيرِ والمَجْنُونِ، أوْ لوقوعِ الضَّررِ علىٰ المولىٰ في شراءِ العبدِ؛ ولأنَّ العبدَ المَحْجُورَ ليسَ مِن أهْلِ أنْ يَمْلِكَ المُشْتَرَىٰ، فلوْ نَفَذَ الشِّرَاءُ لوقَعَ للمولىٰ، فكانَ الثَّمنُ مشْروطًا على الموْلىٰ حينئِذٍ، فيكونُ المَحْجُورُ متصَرِّفًا في حقِّ الموْلىٰ بغيرِ إذْنِه، فلأجْلِ هذا توقَّفَ العقدُ على إجَازَةِ مَن لَه إجَازَةٌ، وهُو الوَلِيُّ أوِ المولىٰ.

ثمَّ اعْلمْ: أنَّ شِراءَ الفُضُولِيِّ علىٰ وجوهٍ، ذكَرَها في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» و«**التتمَّة**» في كتاب البيوع:

الأوَّلُ: إنْ أضافَ الشِّرَاءَ إليْه نصًّا، بأنْ قالَ البائعُ: بِعْتُ هذا مِن فلانٍ. وقالَ الفُضُولِيُّ: اشتريْتُ لفلانٍ، أوْ قبِلْتُ لفلانٍ، أوْ لَمْ يقُل لفلانٍ؛ فإنَّه يتوَقَّفُ.

والثاني: لوْ قالَ: بِعْتُ منكَ، وقالَ الفُضُولِيُّ: قبِلْتُ، أوْ قالَ: اشتريْتُ، ونوىٰ بقَلْبِه لفلانٍ؛ يَنْفُذُ بالاتِّفاقِ على المُشْتَرِي ولا يتَوَقَّفُ.

والثالثُ: إذا قالَ الفُضُولِيُّ: اشتريْتُ هذا لِفلانٍ، وقالَ البائعُ: بِعْتُ منكَ: أظنُّ أنَّ شيخَ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﵀ ذكَرَ في بابِ الوكالةِ بِالبَيْعِ مِن وكالة «**الجامع**»: أنَّ فيهِ روَايتَيْنِ، لكنِ الصَّحيحُ أنَّه لا يتَوَقَّفُ بِلا خلافٍ، وإنَّما الرِّوايةُ الَّتي أحالَ بِها إلىٰ النِّكَاحِ: ما لوْ قالَ البائعُ: بِعْتُ مِن فلانٍ، فقالَ الفُضُولِيُّ: اشتريْتُ لأجْلِه، أوْ قبِلْتُ لأجْلِه، أوْ لَمْ يَقُلْ لأجْلِه. وفي تِلك الصُّورةِ يتَوَقَّفُ.

الرَّابعُ: إذا قالَ البائعُ: بِعْتُ منكَ هذا لأجْلِ فُلانٍ، فقالَ المُشْتَرِي: اشتريْتُ أو قبِلْتُ، أو قالَ المُشْتَرِي: اشتريْتُ هذا لأجْلِ فلانٍ، فقالَ البائعُ: بِعْتُ؛ فإنَّه لا يتَوَقَّفُ.

وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ دُونَ الأَفْعَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَرَدَّ لَهَا لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلَافِ الأَقْوَالِ، لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا مَوْجُودَةً

غاية البيان

قولُه: (وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ دُونَ الأَفْعَالِ)، هذا لفظُ القُدُوريِّ في «مختصره»[1]، أي: الرِّقُّ والصِّغَرُ والجُنُونُ يُوجِبُ الحَجْرَ [٧/٤و/م] في الأقوالِ دونَ الأفعالِ.

أرادَ بِها: الأقوالَ الَّتي فيها ضرَرٌ، أمَّا الأقوالُ الَّتي هي نفْعٌ محْضٌ؛ فالصبيُّ فيها كالبَالِغ، ولِهذا يصحُّ منهُ قبولُ الهِبَةِ والإسْلامُ، ولا يتَوَقَّفُ على إِذْنِ الوَليِّ، وكذلِك المَعْتُوهُ؛ لأنَّ حُكْمَه بعدَ البلوغِ كحُكْمِ الصَّبِيِّ العاقِلِ.

والحاصلُ: أنَّ الصَّبِيَّ العاقلَ تُجْعَلُ عِبارتُه صحيحةً فيما هوَ نَفْعٌ محْضٌ، كقبولِ الهِبَةِ والإسلامِ، وفيما هوَ متردِّدٌ بينَ الضّررِ والنّفعِ، فإنَّه صحيحُ العِبارةِ في حقِّ الانعِقادِ، حتَّىٰ تنعقدَ تِجارتُه موقوفًا علىٰ إجازَةِ الوَليِّ، وفيما هو ضرَرٌ محْضٌ كَالطَّلاقِ والعَتَاقِ فَاسِدُ العبارةِ[2] أصلًا في حقِّ الانعِقادِ والنّفاذِ جميعًا.

وإنَّما أوجبتْ هذِه المعاني الحَجْرَ في الأقْوالِ؛ لأنَّ اعتِبارَ الأقْوالِ بالشّرعِ، ولم يَعْتَبِرِ الشَّرْعُ أقوالَ هؤلاءِ في حقِّ النَّفاذِ فيما فيهِ ضرَرٌ؛ لأنَّ القصدَ ـ وهوَ إرادةُ حُكْمِ العَقدِ الَّذي باشَرَه ـ شرْطٌ لصحَّةِ العَقدِ، ولِهذا لا يصحُّ بَيْعُ الهازِلِ؛ لعدَمِ إرادةِ الحُكْمِ، ولا قَصْدَ للصَّبِيِّ والمَعْتُوهِ صحيحًا ولِلمَجْنُونِ الَّذي لا يُفِيقُ [٣/٢٠ظ] أصلًا.

وأمَّا الرِّقُّ: فإنَّما أوجبَ الحَجْرَ لحقِّ المولىٰ، حتَّىٰ لا يَلْحَقَه ضرَرٌ، فأمَّا إقرارُه في حقِّ نفسِه، فصحيحٌ يُؤَاخَذُ بِه بعدَ الحرِّيَّةِ، وسَيَجِيءُ بيانُه بعدَ هذا إنْ شاءَ اللهُ تَعالىٰ، بخِلافِ الأفْعالِ؛ فإنَّ المعانيَ المذْكورةَ لا تُوجِبُ الحَجْرَ في حقِّها

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

(٢) وقع بالأصل: «صحيح العبارة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بِالشَّرْعِ وَالْقَصْدِ مِنْ شَرْطِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَيُجْعَلُ عَدَمُ الْقَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

قَالَ: وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا، وَلا إِقْرَارُهُمَا لِمَا بَيَّنَّا وَلَا

حتّىٰ يُؤَاخَذ بالأفعالِ، حتّىٰ إنَّ طفلَ يومٍ لو انقلَبَ علىٰ مالِ إنسانٍ فأتلَفَه؛ يلزمُه الضَّمانُ.

وكذلِك المَجْنُونُ الَّذي لا يُفِيقُ إذا مزَّقَ ثوبَ إنسانٍ؛ يلزمُه الضَّمانُ؛ لأنَّ الأفعالَ لا تَقِفُ علىٰ القصدِ الصَّحيحِ؛ لأنَّها تُوجَدُ حِسًّا ومشاهدةً، ولا إمكانَ لردِّ ما هو ثابتٌ حِسًّا، بخِلافِ الأفْعالِ الَّتي تسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ، كالحُدُودِ والقِصَاصِ، فإنَّ الصِّبَا والجُنُونَ يُؤَثِّرانِ فيها؛ لأنَّ الحُدُودَ والقِصَاصَ عقوبةٌ، والصَّبِيُّ والمَجْنُونُ ليسا مِن أهلِ العقوبةِ، فَسقطَتْ عنهُما لقُصورٍ في فِعْلِهما؛ لعدَمِ القَصدِ الصَّحيحِ.

قولُه: (إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ)، استثناءٌ مِن قولِه: **(دُونَ الأَفْعَالِ)**، أيْ: هذه المعاني لا تُوجِبُ الحَجْرَ في سائرِ الأفْعالِ، إلَّا في أفْعالٍ تَنْدَرِئُ بِالشُّبهاتِ، كالزِّنا، والسَّرقةِ، وشُرْبِ الخَمرِ، وقَتْلِ نفْسٍ معصومةٍ عمدًا، فإنَّ الصَّبِيَّ والمَجْنُونَ لا يُؤَاخذانِ بِها، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (قالَ: وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا، وَلا إِقْرَارُهُمَا)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ في «مختَصَره»، وتمامُه فيه: «ولا يقعُ طلاقُهما، ولا عَتاقُهما»[1].

أرادَ بقولِه: **(لا يَصِحُّ)** لا يَنفُذ؛ لأنَّ بَيْعَهُما وسائرَ تصرُّفِهما الَّذي [٧/٤٤ظ/م] يتردَّدُ بينَ النَّفعِ والضَّررِ موقوفٌ علىٰ إِجَازَةِ الوَلِيِّ، أَلا تَرىٰ إلىٰ ما قالَ قبلَ هذا بِقولِه: **(وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ شَيْئًا ـ وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ ـ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ: إِنْ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عِتَاقُهُمَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٍ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ» وَالْإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً، وَلَا وُقُوفَ لِلصَّبِيِّ عَلَى الْمَصْلَحَةِ فِي

غاية البيان

شَاءَ أَجَازَهُ)، إلَّا إذا أُرِيدَ بقولِه: **(وَالصَّبِيُّ)** مَنْ لا يَعْقِلُ أصلًا، وبقولِه: **(وَالمَجْنُونُ)** الَّذي لا يُفِيقُ أصلًا، فحينئذٍ يُجْرَىٰ قولُه: **(وَلا يَصِحُّ)** علىٰ ظاهرِه.

اعلَمْ: أنَّ ما كانَ فيهِ نَفْعٌ يَشُوبُه ضررٌ؛ كالبَيْعِ، والشِّرَاءِ، والِاسْتِئْجَارِ، والإِجَارَةِ، والرَّهْنِ، والِارْتِهَانِ، والإِقْرَاضِ، والِاسْتِقْرَاضِ؛ فإنَّه يقفُ علىٰ إجَازَةِ الوَلِيِّ إذا تصرَّفَ الصَّبِيُّ العاقلُ أو المَعْتُوهُ، وكذا العبدُ المَحْجُورُ إذا تصرَّفَ في هٰذِه الأشْياءِ؛ يقفُ علىٰ إِجَازَةِ المولىٰ حتَّىٰ يرىٰ الوَلِيُّ أو المولىٰ رأيَه فيهِ، إنْ رأىٰ النَّفعَ في الإِجَازَةِ أجازَ، وإنْ رأىٰ النفعَ في النقْضِ نقضَ.

وإنَّما لمْ تَنفُذْ عُقودُهما نظرًا إليهِما، وهُو المُرادُ بقولِه: **(لِمَا بَيَّنَّا)**. وإنَّما لمْ يصحَّ إقرارُهُما وطلاقُهُما وإعتاقُهما لأنَّ في ذلِك ضررًا محْضًا لزوالِ المِلْكِ، وكلّ ما هوَ ضررٌ محْضٌ ساقطٌ عنْهما.

ورَوَىٰ التِّرْمِذِيُّ في «**جامعه**»: عن أبي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَاقَ المَعْتُوهِ المَغْلُوبِ عَلَىٰ عَقْلِهِ**»[1]، وهذا الَّذي [٣/٢١و] ذكرْناهُ في الصَّبِيِّ العاقلِ والمَعْتُوهِ.

أمَّا الصَّبِيُّ الَّذي لَمْ يعقلْ بعْدُ؛ لا ينعقدُ تصرُّفُه بحالٍ؛ لأنَّه في أحوالِه كالمَجْنُونِ الَّذي لا يُفِيقُ، فإذا عقلَ فكالمَجْنُونِ الَّذي يُجَنُّ ويُفِيقُ.

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ المَعْتُوهَ البَالِغَ هَل تجبُ عليْه العِباداتُ أمْ لا؟ فيهِ اختِلافُ المَشايخِ ﷺ؛ فالقاضي أبو زيدٍ مالَ إلىٰ الوجوبِ، وفخرُ الإسْلامِ ﷺ مالَ إلىٰ السُّقُوطِ، وقَد مَرَّ بيانُه في فصْلِ الأُمور المُعْتَرِضة علىٰ الأهليَّةِ في شَرْحِنا الموْسوم بـ«**التَّبْيِين**»[2].

(١) مضىٰ تخريجه.
(٢) ينظر: «التَّبْيِين شرح الأخسيكَثِيّ» للمؤلف [٢/٢٣٢ - ٢٣٦].

الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ، وَلا وُقُوفَ لِلوَلِيِّ عَلَىٰ عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَىٰ اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلافِ سَائِرِ العُقُودِ.

قَالَ: وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا؛ لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ إِحْيَاءً لِحَقِّ الْمُتْلَفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ

غاية البيان

قولُه: (وَلا وُقُوفَ لِلوَلِيِّ عَلَىٰ عَدَمِ التَّوَافُقِ)، أيْ: عَلَىٰ عدَمِ مُوافقةِ الصَّغيرِ وزَوْجتِه حينَ البُلوغِ؛ لأنَّه غَيْبٌ، فَلا يكونُ الوَلِيُّ واقفًا على ذلِك.

أمَّا عدَمُ المُوافقةِ في الصَّغيرِ: فليسَ بشيءٍ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّه لعدَمِ الشَّهوةِ، وهُو علىٰ شرَفِ الزَّوالِ.

قولُه: (وَلا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ)، أيْ: لا ينفُذُ طلاقُ الصَّبيِّ وعَتاقُه بِمُباشرةِ الوَلِيِّ، بِخلافِ سائرِ العُقُودِ؛ فإنَّها تَنفُذُ بمُباشرةِ الوَلِيِّ، وفي هذا التَّركيبِ نوْعُ تسامُحٍ؛ إذْ حقُّ التَّركيبِ أن يُقالَ: ولا يَنفُذانِ بإجازته؛ لأنَّ الطَّلاقَ أوِ العَتاقَ الَّذي باشَرَه الصَّبيُّ محالٌ أنْ يُباشِرَه الوَلِيُّ، ولكِن يجوزُ أن يُقالَ: معْناه: لا ينفُذُ طلاقُ امرأةِ الصَّبيِّ، وعَتاقُ عبْدِ الصَّبيِّ بمباشرةِ الوَلِيِّ الطَّلاقَ والعَتاقَ.

[٧/٥٥م] قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا؛ لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختَصَره»[(١)]، أيْ: وإنْ أتلفَ الصَّبيُّ مُطلقًا، سواءٌ كانَ يعْقِلُ أوْ لا يعْقِلُ، والمَجْنُونُ مُطلقًا، سواءٌ كانَ يُجَنُّ ويُفِيقُ، أوْ لا يُفِيقُ أَصلًا شيئًا لإنسانٍ؛ لزمَهُما ضمانُ ذلِكَ الشَّيءِ؛ لأنَّ ضمانَ المحلِّ إنَّما يجبُ لعِصمةِ المحلِّ جَبْرًا للنُّقصانِ، ولا يتوَقَّفُ على القصْدِ.

ألَا تَرىٰ أنَّ النَّائمَ إذا انقلَبَ علىٰ مالِ إنسانٍ فأتلَفَه؛ لزِمَه الضَّمانُ، وكذلِكَ الحائطُ المائِلُ إلى الطَّريقِ إذا أشهدَ علىٰ صاحبِه، فلَمْ ينقضْه، فوقَع فأتلَفَ شيئًا؛

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

كَوْنَ الْإِتْلَافِ مُوجِبًا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَصْدِ كَالَّذِي يَتْلَفُ بِانْقِلَابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالْحَائِطِ الْمَائِلِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ بِخِلَافِ الْقَوْلِي عَلَىٰ مَا بَيَّنَاهُ.

قَالَ: فَأَمَّا العَبْدُ: فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِقِيَامِ أَهْلِيَّتِهِ غَيْرَ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، لِأَنَّ نَفَاذَهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِتْلَافُ مَالِهِ.

قَالَ: فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ؛ لِوُجُودِ الْأَهْلِيَّةِ وَزَوَالِ الْمَانِعِ وَلَمْ

غاية البيان

يلزمُ ضمانُه على صاحبِ الحائطِ، وليسَ في فِعْلِ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ أكثرُ مِن عدمِ القصدِ، ولا أثرَ لعدمِ القصدِ في [عدمِ][1] وجوبِ الضَّمَانِ.

قولُه: (بِخِلافِ القَوْلِيّ)، أي: التَّصَرُّفِ القَوْلِيِّ، فإنَّه يتوَقَّفُ على القصْدِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (بِخِلافِ الأَقْوالِ؛ لِأَنَّ اعْتِبارَهَا مَوْجُودَةٌ بِالشَّرْعِ، وَالقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ).

قولُه: (قَالَ: فَأَمَّا العَبْدُ: فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﵀ في «مختَصَره»، وتمامُه فيه: «غيرُ نافذٍ في حقِّ مولاهُ»[2].

أَمَّا نفاذُه في حقِّ نفسِه: فلأَهْلِيَّتِه بكونِه مُكلَّفًا، ولِهذا يجبُ عليْه الصَّومُ والصَّلاةُ، فيلزَمُه إقْرارُه كالحُرِّ.

وأمَّا عدمُ نفاذِه في حقِّ مولاهُ: فلأنَّه لو نَفَذَ لا يخْلو ذلِك مِن تعلُّقِ الدَّيْنِ برقبتِه، أوْ كَسْبِه [٢١/٣ظ]، وكلُّ ذلِك حقُّ المولىٰ، ونفاذُ قولِ الإنسانِ على الغيرِ لا يكونُ إلَّا بِوِلايَةٍ، ولا وَلايَةَ لِلعبدِ على موْلاهُ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ في «مختَصَره»،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

يَلْزَمْهُ فِي الحَالِ لِقِيَامِ المَانِعِ ....

غاية البيان

وتمامُه فيهِ: «ولَمْ يلزمْه في الحالِ»(١)، وذلِك لأنَّ المانعَ مِنَ المطالبةِ في الحالِ حقُّ المولى، وزالَ المانعُ بعدَ الحرِّيَّةِ، فيُؤْخَذُ بِه، هذا في المَحْجُورِ الَّذي لَمْ يكُنْ أُذِنَ لَه.

أمَّا إِذا أُذِنَ لَه ثمَّ حُجِرَ، وفي يدِه كَسْبُ الإذْنِ؛ صحَّ إقرارُه في حقِّ المولى للحالِ.

وتمامُ البيانِ: ما ذكرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبْسوطه**» في كتاب المأْذون في بابِ إقْرار العَبدِ المَحْجُورِ عليْه والصَّبِيِّ والمَعْتُوهِ، قالَ: «وإذا حَجَرَ الرَّجُلُ عَلى عبْدِه المأْذونِ لَه، فباعَ بعدَ ذلِك واشْترى، أوِ اسْتأجَرَ، أوْ آجرَ بعضَ رقيقِه، أوْ آجرَ نفسَه؛ كانَ ذلِك باطلًا في قولِهِمْ جَميعًا، لا يلزمُ العبدَ مِن ذلِك لا قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأنَّه باعَ واشْترى وآجَرَ واسْتأجَرَ، وهُو مَحْجُورٌ في هذِه التصرُّفاتِ، سواءٌ كانَ في يدِه كَسْبٌ، أوْ لمْ يكُنْ، وهذِه بالإجْماعِ.

[٧/٥٥ظ/م] فأمَّا إذا أقرَّ بالدَّيْنِ، أوْ بِالعينِ، فهَلْ يصحُّ إقرارُه؟ فهذا على وجْهَيْنِ: إمَّا أَن يكونَ في يدِه كَسْبُ الإذْنِ، أوْ لمْ يكُنْ، فإن لمْ يكُنْ في يدِه كسْبُ الإذْنِ؛ فإنَّه لا يصحُّ إقْرارُه في الحالِ حتَّى لا يُؤَاخَذَ بِه لِلحالِ، سواءٌ كانَ عليهِ دَيْنٌ، أوْ لَم يكُن عندَهُم جميعاً.

أمَّا عندَ أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ ﷺ: فإنَّه لا يصحُّ إقرارُه بعدَ الحَجْرِ، وإنْ كانَ في يدِه كسْبُ الإذْنِ، فإن لمْ يكُن في يدِه كسْبُ الإذْنِ أَوْلَى.

وأمَّا عَلى قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: فلأنَّ إقرارَه إنَّما يصحُّ لِلحالِ بعدَ الحَجْرِ، إذا كانَ في يدِه كسْبُ الإذْنِ؛ لِبقاءِ أثَرِ الإذنِ، فإذا لَم يكُنْ في يدِه كسْبُ الإذْنِ؛ لا

(١) ينظر: المصدر السابق.

....

يصحُّ إقْرارُه ؛ لأنَّه زالَ الإذنُ والأثرُ جميعًا ، ولا بُدَّ لصحَّةِ إقْرارِ العَبدِ مِن أحدِهِما ، فإنَّه إذا كانَ في يدِه كسْبُ الإذْنِ ؛ فهُو عَلىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: إمَّا أن يكونَ كلُّهُ فارغًا عن دَيْنِ الإذنِ ، أوْ كانَ كلُّه مشغولًا بِدَيْنِ الإذنِ ، أوْ كانَ بعضُه فارغًا عن دَيْنِ الإذْنِ ، وبعضُه مشْغولًا .

فإنْ كانَ كلُّه مشْغولًا بِدَيْنِ الإذْنِ: فإنَّه لا يصحُّ إقْرارُه في حقِّ الكسبِ الَّذي في يدِه ، حتَّىٰ لا يُشاركَ المُقَرُّ لَه بعدَ الحَجْرِ غُرماءَ الإذنِ في كَسْبِ الإذنِ ، بَل يكونُ جميعُ الكسْبِ لِغرماءِ الإذْنِ لِوجهيْنِ:

أحدُهُما: أنَّ دَيْنَ الحَجْرِ معَ دَيْنِ الإذْنِ لمْ يَتساوَيَا ؛ لأنَّه وجَبَ أحدُهُما في حالِ الإطْلاقِ مِن كلِّ وَجْهٍ ، والآخرُ وجَبَ في حالةِ الإطْلاقِ مِن وَجْهٍ ، وفي حالةِ الحَجْرِ مِن وجْهٍ ، بمنزلةِ دَيْنِ الصّحَّةِ مِن دَيْنِ المرَضِ ؛ إذْ دَيْنُ المرضِ الواجبُ بإقرارِ المَريضِ مُؤَخَّرٌ عَن دَيْنِ الصّحَّةِ ، حتَّىٰ إذا كانَ مالُ المَريضِ كلُّه مشْغولًا بِدَيْنِ الصّحَّةِ ؛ لا يصحُّ إقْرارُه بِدَيْنِ المَرضِ ، فكذا هُنا .

والثّاني: إقْرارُ العبدِ بعدَ الحَجْرِ ، إذا كانَ في يدِه كسْبُ الإذنِ بمنزلةِ إقْرارِ الوارثِ علىٰ مُورِثِه ؛ لأنَّ صحَّةَ إقْرارِ العبدِ للحالِ باعتِبارِ ما في يدِه مِن الكسْبِ عِندَ أبي حَنِيفَةَ ، لا [٢٢/٣و] باعتِبارِ أنَّه مُكَلَّفٌ ، حتَّىٰ لوْ لَم يكُن في يدِه كَسْبٌ ؛ لا يصحُّ إقرارُه للحالِ ، كإقْرارِ الوارثِ عَلىٰ مُورِثِه ، إنَّما يصحُّ باعتِبارِ ما في يدِه مِن التَّركةِ ، لا مِن حيثُ إنَّه مُكَلَّفٌ ، حتَّىٰ لوْ لمْ يكُن في يدِه شيءٌ مِن التَّركةِ ؛ لا يصحُّ إقرارُه علىٰ المُورِثِ .

ثمَّ الوارثُ إذا أقرَّ بِدَيْنِ المُورِثِ فإنَّه لا يصحُّ إذا لم يتركِ المُورث شيئًا ، وإذا ترَكَ ؛ فإنَّه يصحُّ إذا كانَ فارغًا عَن دَيْنِ الميِّتِ ، وإذا كانَ كلُّه مشْغولًا بِدَيْنِ الميِّتِ فإنَّه لا يصحُّ ، فكذلِك هذا ، وإنْ كانَ بعضُ ما في يدِه فارغًا عَن دَيْنِ الإذْنِ

وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ؛ لَزِمَهُ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّهُ مُبْقِي عَلَىٰ أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي

وبعضُه مشْغولًا؛ صحَّ إقرارُه عندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله بقَدْرِ الفارغِ عَن [٧/٦٠و/م] دَيْنِ الإذْنِ عَلىٰ العبارتَيْنِ جميعًا.

أمَّا علىٰ العِبارةِ الأُولىٰ: فلأنَّ دَيْنَ الحَجْرِ مِن دَيْنِ الإذْنِ بمنزلةِ دَيْنِ الصّحَّةِ مِن دَيْنِ المرَضِ، ثمَّ مالُ المريضِ إذا كانَ بعضُه مشغولًا بِدَيْنِ الصّحَّةِ وبعضُه فارغًا؛ صحَّ بقَدْرِ الفارغِ عَن دَيْنِ الصّحَّةِ، فكذلِك هذا.

وعلىٰ العِبارةِ الثّانيةِ: فلأنَّ إقْرارَه بعدَ الحَجْرِ بِمنزلةِ إقْرارِ الوارِثِ علىٰ مُورِثِه، وبعضُ تركةِ الميتِ مشْغولٌ بدَيْنِه، وبعضُه فارغٌ، فإنَّ إقرارَ الوارثِ علىٰ الميِّتِ يصحُّ بقَدْرِ الفارغِ مِنَ الدَّيْنِ، فكذلِك هَذا.

وعندَ أبي يوسُف رحمه الله **ومحمَّدٍ** رحمه الله: إقْرارُه بعدَ الحَجْرِ باطلٌ، لا يلزمُه من ذلِك قليلٌ ولا كثيرٌ في الأحْوالِ كلِّها، وما قالا قياسٌ، وما قالَه أبو حَنِيفَةَ رحمه الله استِحْسانٌ.

قالَ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله: «هذا كلُّه إذا كانَ العبدُ باقيًا في مِلْكِه، فأمَّا إذا خرَجَ عَن مِلْكِه بالبَيْعِ أوْ بِالهبةِ؛ فإنَّه لا يصحُّ لا تجارتُه ولا إقرارُه عندَهُم جميعًا، سواءٌ أكانَ في يدِه كَسْبٌ أوْ لَمْ يكُن».

وهذا الَّذي ذكَرَه القُدُوريُّ رحمه الله **بقولِه:** «فإنْ أقرَّ بمالٍ؛ لزِمَه بعدَ الحرِّيَّةِ»(١)، إنَّما هوَ في العَبدِ المَحجُورِ الكبيرِ، أمَّا إذا كانَ صغيرًا: لا يُؤَاخَذُ بِه بِحالٍ مِنَ الأحْوالِ، إلىٰ هذا أشارَ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله في «**مبْسوطه**».

قولُه: (وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ؛ لَزِمَهُ)، هذا لفْظُ القُدُوريِّ رحمه الله في «**مختَصَره**»(٢).

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

حَقِّ الدَّمِ حَتَّىٰ لَا يَصِحّ إِقْرَارُ الْمَوْلَىٰ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَيَنْفُذُ طَلاقُهُ؛ لِمَا رَوَيْنَا،

قالَ في «شرْح الأقْطع»: «وقالَ زُفَرُ ﷺ: لا يصحُّ إقْرارُه إذا كانَ مَحْجُورًا عليْه»(١).

وَجْهُ قولِه: أنَّه لوْ صحَّ يلزمُ منْه إتلافُ مالِ المؤْلى، فلا يصحُّ كما لوْ أقرَّ بِدَيْنٍ.

ولَنا: أنَّ العَبدَ يَبْقَى على أصلِ الحرّيَّةِ في حقِّ الدَّمِ؛ لأنَّ الرِّقَّ يُنَافِي مالكيَّةَ غيرِ المالِ؛ لأنَّ كونَه مملوكًا باعتبارِ معْنى الماليَّةِ فيهِ، لا باعتِبارِ الآدميَّةِ، والقِصَاصُ مِن خصائِصِ الآدميَّةِ، وكذا إيجابُ الحَدِّ(٢)، فيصحُّ إقرارُه بِهِما.

والدَّليلُ على أنَّه يَبْقَى على أصلِ الحرّيَّةِ: أنَّ المؤلى لا يَمْلِكُ سَفْكَ دمِه، ولا يصحُّ إقْرارُ المؤلى بدمِه، ولأنَّ إقرارَ المَحْجُورِ بِدَيْنٍ إنَّما لا يصحُّ في حقِّ المؤلى للتُّهمةِ في حقِّ مؤلاهُ، وليسَ بمتَّهمٍ في هذا الإِقْرارِ؛ لأنَّه أقرَّ بما يُوجِبُ العُقوبةَ على نفسِه.

وقولُ زُفَرَ ﷺ منقوضٌ بإقرارِه بالرِّدَّةِ، فإنَّه يُقْبَلُ ويُقتَلُ، وإنْ لزِمَ إتلافُ مالِ المؤلى، وينبَغي أن يكونَ مُرادُ [٢/٢٢ظ] القُدُوريِّ ﷺ في قولِه: «وإن أقرَّ بحَدٍّ أوْ قصاصٍ لزِمَه»(٣) فيما إذا كانَ كبيرًا(٤)، أمَّا إذا كانَ صغيرًا فَلا؛ لأنَّه لا اعتِبارَ لِقولِه؛ لعدَمِ القصْدِ الصَّحيحِ.

قولُه: (وَيَنْفُذُ طَلاقُهُ)، هذا لَفْظُ القُدُوريِّ ﷺ(٥)، وإنَّما نَفَذَ طلاقُ العبدِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٨].

(٢) وقع بالأصل: «إيجاب الحج». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

(٤) وقع بالأصل: «كثيرًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

وَلِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ وَالْمَكَاتِبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلَاقَ»، وَلِأَنَّهُ عَارِفٌ وَجْهَ الْمَصْلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهْلاً، وَلَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مِلْكِ الْمَوْلَى وَلَا تَفْوِيتُ مَنَافِعِهِ فَنَفَذَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

المَحْجُورِ إذا كانَ كبيرًا؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ طَلاقٍ وَاقِعٌ، إِلَّا طَلاقَ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ»[1]، وهو المُرادُ بقوله: (لِمَا رَوَيْنَا)، ولقولِه ﷺ: «لا يَمْلِكُ العَبْدُ وَالمُكَاتَبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلاقَ»[2]، ولأنَّه مُكَلَّفٌ تصرَّفَ في خالصِ [٧/٦٦ظ/م] حقِّه، فلَمْ يلزمْ منهُ إبْطالُ حقِّ المولى، فصحَّ كتصرُّفِ سائرِ الأحْرارِ.

والله تَعالى أعلَمُ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) قال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث منكر لا أصل له». وقال ابنُ التركماني وعبدُ القادر القرشي: «لَمْ نرَه». وقال ابن حجر: «لَمْ أجده». وقال العيني: «هذا الحديث بهذه العبارة لَمْ يَثْبُت». ينظر: «التنبيه على أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١٣٢/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«العناية في تخريج أحاديث الهداية» لعبد القادر القرشي [ق١٦٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٨٨)]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٦٤٨]. و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [١١/٨٦]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٨].

بَابُ
الحَجْرِ لِلفَسَادِ

قَالَ أَبو حَنِيفَةَ ﵀: لا يُحجَرُ عَلَىٰ الحُرِّ العَاقِلِ البَالِغ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ مُبذِّرًا مُفْسِدًا يُتلِفُ مَالَهُ فِيمَا لا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلا مَصْلَحَةَ.

غاية البيان

بَابُ
الحَجْرِ لِلفَسَادِ

أي: لِفسادِ المالِ بِالسَّفَهِ، لَمَّا ذَكَرَ الحَجْرَ بِسببِ الصِّغَرِ والرِّقِّ والجُنُونِ: شرَعَ في بيانِ الحَجْرِ بِسببِ السَّفَهِ؛ لأنَّ أسبابَ الأوَّلِ سماويَّةٌ، وسببُ الثَّاني مُكْتَسَبٌ، والسماويُّ في التأثيرِ أقوىٰ، فكانَ بالتَّقديمِ أَوْلَىٰ، ولأنَّ الحَجْرَ بِالأشياءِ الثَّلاثةِ متفقٌ عليهِ، والحَجْرُ بالسَّفَهِ مختلفٌ فيهِ، فكانَ تقديمُ المتَّفقِ عليْه أَوْلَىٰ.

قولُه: (**قَالَ أَبو حَنِيفَةَ ﵀: لا يُحجَرُ عَلَىٰ الحُرِّ العَاقِلِ البَالِغ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ مُبذِّرًا مُفْسِدًا يُتلِفُ مَالَهُ فِيمَا لا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلا مَصْلَحَةَ**)، وهذا لفظُ القُدُوريِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلَّا أنَّه قالَ: إذا بلغَ غير رشيدٍ؛ لم يُسَلَّمْ مالُه إليْه حتَّىٰ يبلغَ خمسًا وعشرينَ سَنَةً، فإنْ تصرَّفَ فيهِ قبلَ ذلِك نَفَذَ تصرُّفُه، فإذا بلغَ خمسًا وعشرينَ سَنَةً؛ يُسَلَّمُ إليْه مالُه، وإنْ لم يُؤْنَسْ منهُ الرُّشْدُ[1].

وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ ﵀: يُحجرُ عَلَىٰ السَّفِيهِ، ويُمْنَعُ مِن التصرُّفِ في مالِه، فإذا باعَ لا ينْفُذُ بيْعُه، وإن كانَ فيهِ مصلحةٌ أجازَه الحاكِمُ»[2]، إلىٰ هُنا لفظ

---

(١) واعتمد قوله المحبوبي وصدر الشريعة وغيرهم. ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص٩٧]، «مختصر اختلاف العلماء» [٥/٢١٥]، «المبسوط» [٢٤/١٥٧]، «الفقه النافع» [٣/١٣٣٣]، «بدائع الصنائع» [٦/١٧٢]، «فتاوىٰ قاضي خان» [٣/٦٣٤]، «تبيين الحقائق» [٥/١٩٢، ١٩٣]، «نتائج الأفكار» [٩/٢٦٠]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٩١]، «رد المحتار» [٦/١٥٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٥].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ: [١٤١/و] يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرْفِهِ لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي

القُدُوريُّ رحمه الله.

قالَ الصدرُ الكبيرُ بُرْهانُ الدِّينِ الأجَلُّ صاحبُ «**المُحيط الكَبير**»، عبدُ العَزيزِ بنُ عُمَرَ بنِ أَبي سهْلٍ المعْروف بـ: «مَازَه» في «**طريقته المُطوَّلة**»: «الحَجْرُ على الحُرِّ البَالِغِ العاقِلِ السَّفِيهِ المُبذِّرِ لمالِه في الخيرِ والشَّرِّ غيرُ جائزٍ عندَ أَبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ رضي الله عنهما: يجوزُ. ثمَّ إنَّهما اختَلفا فيما بينَهُما في أنَّ السَّفِيهَ إِذا بلَغَ بلَغَ مَحْجُورًا أوْ مُطلقًا؟

قالَ محمَّدٌ: بلغَ مَحْجُورًا، ولا يحتاجُ إلى حَجْرِ القاضي.

وقالَ أَبو يوسُف: يبلغُ مطلقًا، ويحتاجُ إلى حَجْرِ القاضي.

وأجْمعوا على أنَّه يُمْنَعُ عنه المالُ إلى أنْ يبلغَ خمسًا وعِشرينَ سَنَةً، ثمَّ اخْتلَفوا بعدَ ذلك.

قالَ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: لا يُمْنَعُ عنهُ مالُه بعدَ خَمسٍ وعشْرينَ سَنَةً.

وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ رضي الله عنهما: يُمْنَعُ عنهُ ما دامَ السَّفَهُ قائمًا». إلى هُنا لفظُ «**الطَّريقة**».

وقالَ شيخُ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله **في «مبْسوطه»**: «وعَلى هذا الخِلاف: الحَجْرُ بسبَبِ الإفْلاسِ باطلٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعندَهُم: جائزٌ ـ أيْ: عندَ أبي يوسُف ومحمَّدٍ والشَّافِعِيِّ [٢٣/٣و] رضي الله عنهم[1].

وصورةُ ذلِك: أنَّ الرَّجُلَ إذا رَكِبَتْه الدُّيونُ، وقدِ استغرقَتْ جميعَ ما في يدِه،

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٦٤/٦]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨٤/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١١٣/٣].

يَقْتَضِيهُ الْعَقْلُ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ؛ اِعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ اِحْتِمَالُ التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ الْمَالُ، ثُمَّ هُوَ لَا يُفِيدُ بِدُونِ الْحَجْرِ؛ لِأَنَّهُ يُتْلِفُ بِلِسَانِهِ مَا مُنِعَ مِنْ يَدِهِ.

غاية البيان

فطلَبَ غُرماؤُه مِن القاضي أنْ يحْجُرَ عليْه، حتَّىٰ لا يَهَبه، ولا يتصَدَّقَ بِه، ولا يُقِرَّ لِغيرِه؛ فَعلىٰ قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يَحْجُرُ عليْه، ولوْ حجَرَ عليه لا يعْمَلُ حَجْرُه حتَّىٰ تَنْفُذَ هِبتُه وصدقتُه وإقرارُه لِغيرِه[1] في مالِه، كَما ينفُذُ قبلَ الحَجْرِ.

وعَلىٰ قولِهم: إذا حجَرَ القاضي عليْه بسبَبِ الإفْلاسِ [٧/٥٧و/م] نَفَذَ ذلِك، حتَّىٰ لا يصحَّ هِبتُه وصدقتُه وإقرارُه في مالِه، وقبْلَ الحَجْرِ كانَ ينْفُذُ منهُ ذلِك.

وكذلِك لوْ طلبَ الغُرَماءُ مِن القاضي أنْ يَبيعَ عليْه العُرُوضَ بالدَّيْنِ بغيرِ رِضاهُ؛ فإنَّه لا يكونُ لَه ذلِك في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، ويكونُ له عندَهُم ذلِك، فأبو حَنِيفَةَ ﷺ لا يرىٰ الحَجْرَ علىٰ الحُرِّ المكلَّفِ، لا بسبَبِ الإتْلافِ، ولا بسبَبِ التَّبذيرِ والإفْلاسِ.

وإنَّما كانَ يَرىٰ الحَجْرَ علىٰ الثّلاثةِ لا غيرُ: علىٰ الطَّبيبِ الجاهِلِ، والمُفْتي الجاهِلِ، والمُكَارِي المُفْلِسِ؛ فإنَّه يمنعهُم مِن هذِه الحِرْفةِ؛ لأنَّ ضررَ هؤُلاءِ يتَّصلُ بالعامَّةِ.

فإنَّ المُفْتي إذا كانَ جاهلًا يُفْسِدُ الدِّينَ علىٰ النّاسِ، فإنَّه يُحِلُّ الحرامَ، ويُحَرِّمُ الحلالَ، وإذا كانَ الطَّبيبُ جاهلًا يُفْسِدُ نفوسَ النّاس، والمُكَارِي المُفْلِسُ يُفْسِدُ الأمرَ علىٰ النّاسِ، فإنَّه إذا ماتَ حَمُولتُه في المَفازةِ، وليسَ لَه أُخرىٰ، ولا يُمْكِنُه شراءُ أُخرىٰ، ولا استئجارُها؛ يُؤَدِّي إلىٰ إتْلافِ مالِ النّاسِ.

فأمَّا غيرُ هؤُلاءِ الثّلاثةِ: فإنَّه لا يَرىٰ الحَجْرَ، فإنَّ ضررَه يتَّصلُ بِه لا بغيرِه».

---

(١) وقع بالأصل: «لغيرهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ؛ اِعْتِبَارًا بِالرَّشِيدِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ فِي سَلْبِ وِلَايَتِهِ إِهْدَارَ آدَمِيَّتِهِ وَإِلْحَاقَهُ بِالْبَهَائِمِ وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا مِنْ

غاية البيان

إلى هُنا لفظُ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ.

وَجْهُ قولِهِما: النَّصُّ، والإجْماعُ، والمعْقولُ.

أَمَّا النَّصُّ: فقولُه تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وَجْهُ الاستِدْلالِ بِالآيةِ: أنَّ اللهَ تَعالى جعَلَ لِلسَّفِيهِ ولِيًّا عليْهِ، فإذا كانَ على السَّفِيهِ وَلِيٌّ كانَ مَوْلِيًّا، وكونُه مَوْلِيًّا[١] عليْه دليلٌ أنَّه مَحْجُورٌ عليْه.

وأمَّا الإجْماعُ: فهُو ما رُوِيَ عَن عبْدِ اللهِ بْنِ جَعْفَرٍ ﷺ: «أنَّه اشْتَرَى دارًا بأربعينَ ألفَ درهمٍ، فطَلَبَ عليٌّ مِن عُثْمانَ ﷺ أنْ يحْجُرَ عليْه، فشَارَكَ[٢] الزُّبَيْرَ بنَ العَوَّامِ، فلمَّا بلَغَ ذلِكَ عُثمانَ ﷺ، قالَ: كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكُه زُبَيْرُ بْنُ العَوَّامِ؟»[٣].

وإنَّما علَّلَ بِهذا: لأنَّ زُبَيْرًا كانَ مُهْتدِيًا في التِّجارةِ، فلوْ كانَ هذا غَبْنًا[٤]؛ لَمَا شارَكَه زُبَيْرٌ، فطلَبُ عليٍّ، وتعليلُ عثمانَ[٥]، واحتيالُ عبدِ اللهِ بهذِه الحِيلةِ؛ دليلٌ على أنَّهم رأَوُا الحَجْرَ على الحُرِّ، ولمْ يُنْقَلْ عَن غيرِهِمْ خلافُ ذلِك، فكانَ إجْماعًا.

وَحَدَّثَ أبو عُبيدٍ في «غَريب الحَديث»[٦]: بإسنادِه إلى عُمَرَ ﷺ: «أنَّهُ خطَبَ

---

(١) وقع بالأصل: «وكونه مؤكدًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «فشارك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥١٧٦]، والدارقطني في «سننه» [٤/٢٣١]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٦١]، عن هِشَام بْن عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ أَتَى الزُّبَيْرَ به.

(٤) وقع بالأصل: «عيبًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«س».

(٥) وقع بالأصل: «وتعليل ضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٦) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٤/١٦٧/ طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية].

التَّبْذِيرِ فَلَا يُتَحَمَّلُ الْأَعْلَىٰ لِدَفْعِ الْأَدْنَىٰ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ فِي الْحَجْرِ دَفْعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالْحَجْرِ عَلَىٰ الْمُتَطَبِّبِ الْجَاهِلِ ....

غاية البيان

النَّاسَ فَقَالَ: أَلَا إِنَّ الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ، رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُقَالَ: سَابَقَ[1] الحَاجَّ [٣/٢٣ظ]، ـ أَوْ قَالَ: سَبَقَ الحَاجَّ ـ فَادَّانَ مُعْرِضًا، فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ، فَمَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَلْيَغْدُ بِالغَدَاةِ، فَلْنَقْسِمْ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ»[2].

فَهذا دليلٌ علىٰ أنَّ عُمَرَ ﷺ حجَرَ عليْهِ بسبَبِ الإفْلاسِ، وباعَ مالَه مِن غَيرِ رِضاهُ.

قولُه: (فَادَّانَ مُعْرِضًا)، يعْني: اسْتدانَ مُعْرِضًا، وهو الذي [٧/٧ظ/م] يعتَرِضُ النَّاسَ فيَسْتَدِينُ ممَّنْ أمْكنَه.

قالَ الأَصْمَعِيُّ: «وكلُّ شيءٍ أمكنَكَ مِن عُرْضِه؛ فهُو مُعْرِضٌ لَك»[3].

وحقيقَتُه: استدانَ ما وجَدَ ممَّنْ وَجدَ بأيِّ وَجْهٍ أمكنَه، ومِن أيِّ عُرْضٍ تأتَّىٰ لَه غَيرَ مُمَيِّزٍ، ولا مبالٍ بالتبِعَةِ.

(رِينَ بِهِ)، أي: غُلِبَ، يُقالُ: رِينَ بالرَّجُلِ رَيْنًا؛ إذا وقَعَ فيما لا يَستطيعُ الخروجَ منهُ، ولا قِبَلَ لَه بِه.

وقالَ أبو عُبيدٍ[4]: «وهذا مِثْلُ حديثِ النَّبِيِّ ﷺ في مُعَاذِ بنِ جَبَلٍ أنَّه كانَ رَجُلًا سَخِيًّا، فَرَكِبَهُ الدَّيْنُ، فخلَعَه رسولُ اللهِ ﷺ مِن مالِه للغُرَمَاءِ»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «سَبَقَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غريب الحديث» لأبي عبيد.

(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٧٠]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٢٩١٥]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٨١]، عن عمر بن الخطاب ﷺ به نحوه.

(٣) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [٣/٢٦٩].

(٤) المصدر السابق [٣/٢٧١].

(٥) أخرجه: الحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» [٢/٦٧]، والدارقطني في «سننه» [٤/٢٣٠]،=

. . . .

وأمَّا المعقولُ: فهُو أنَّ هذا شخصٌ مُنِعَ عنهُ مالُه بِالاتِّفاقِ، فوَجَبَ أنْ يُحْجَرَ عليْه قياسًا على الصَّبِيِّ، وتَحقيقُ الكلامِ مِن وُجوهٍ:

أحدُها: أنَّ مَنْعَ المالِ يُوجِبُ الحَجْرَ عنِ التَّصرُّفِ ضرورةً.

بيانُه: أنَّه لَمَّا مُنِعَ عنهُ المالُ؛ فقَد قُطِعَتْ يدُه عَن ذلِك المالِ، فإذا باعَ بعدَ ذلِك؛ فقَد باعَ ما لا يَقْدِرُ علىٰ تَسليمِه، وكذلِك إذا وَهبَ؛ كانَ واهبًا لِمَا لا يَقْدِرُ علىٰ تسْليمِه، فصارَ فواتُ اليدِ بسبَبِ مَنْعِ المالِ بمنزلةِ فوَاتِ اليدِ بسبَبِ الإباقِ، ثمَّ المالكُ إذا باعَ الآبِقَ لا يجوزُ، فكذلِكَ إذا باعَ ما قُطِعَتْ يدُه بسبَبِ مَنْعِ المالِ، فدلَّ أنَّ مَنْعَ المالِ يُوجِبُ الحَجْرَ عنِ التَّصرُّفِ ضرورةً.

أوْ نَقولُ: الدَّليلُ الَّذي أوجبَ مَنْعَ المالِ عنهُ أوْجَبَ الحَجْرَ عليهِ؛ لأنَّ المالَ إنَّما مُنِعَ عنهُ نظرًا لأنَّه إذا لمْ يُمْنَعْ مالُه عنهُ يفْنَىٰ مالُه بالمُبادرةِ والإسْرافِ، ويبقَىٰ عيالًا علىٰ النَّاسِ، والشَّرْعُ أمَرَ بمَنْعِ المالِ بقوْلِه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، نظرًا لَه، فوَجَبَ أنْ يُحْجَرَ عليهِ نظرًا له أيضًا؛ لأنَّه لو لَمْ يُحْجَرْ عليهِ يَبيعُ مالَه بغَبْنٍ فاحشٍ، فيُؤَدِّي ذلِك إلىٰ إتلافِ المالِ.

ثمَّ نقولُ: الشَّرْعُ لَمَّا منعَ مالَه عنهُ لا يخْلو: إمَّا أن يكونَ نظرًا له؛ صيانةً لمالِه عنِ الضَّياعِ من يدِه، أوْ عقوبةً لَه علىٰ جنايتِه، وكيفَما كانَ لا بُدَّ أن يكونَ مُفيدًا

= والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/ ٤٨]، من طريق الزُّهْرِيِّ، عَنِ ابْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ ﷺ قال: «كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ ﷺ شَابًّا حَلِيمًا سَمْحًا مِنْ أَفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِهِ، وَلَمْ يَكُنْ يُمْسِكُ شَيْئًا، فَلَمْ يَزَلْ يَدَّانُ حَتَّىٰ أَغْرَقَ مَالَهُ كُلَّهُ فِي الدَّيْنِ، فَأَتَىٰ النَّبِيَّ ﷺ فَكَلَّمَ غُرَمَاءَهُ، فَلَوْ تَرَكُوا أَحَدًا مِنْ أَجلِ أَحَدٍ لَتَرَكُوا مُعَاذًا مِنْ أَجلِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَبَاعَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ، يَعْنِي مَالَهُ، حَتَّىٰ قَامَ مُعَاذٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ»، لفظ البيهقي.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه». وقال ابنُ الملقن: «هذا الحديث صحيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/ ٦٤٥].

....

لِهذا الغَرَضِ، وهذا الغرضُ لا يحصُلُ إلَّا بسَلْبِ الأهليَّةِ للتَّصرُّفِ؛ لأنَّه لوْ جُعِلَ بسبيلٍ مِن التصرُّفِ شرعًا؛ يُتْلِفُ بلسانِه ما مُنِعَ عنْ يدِه، فلا يفيدُ أحدَ هذيْنِ الغرَضَيْنِ، فكانَ مَنْعُ المالِ دلالةً على سَلْبِ أهليَّةِ التَّصرُّفِ من هذا الوجْهِ.

وَوجْهُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: الكتابُ، والإجماعُ، والمعْقولُ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تَعالىٰ بعدَ ذِكْرِ المُدَايَنةِ: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وَوجْهُ الاستِدلالِ: أنَّ اللهَ تَعالىٰ جَوَّزَ المُدايَنةَ معَ السَّفِيهِ، كما جوَّزَ معَ المُصْلِحِ، فهَذا يدلُّ علىٰ أنَّ السَّفَهَ [٢٤/٣و] لا يُوجِبُ الحَجْرَ، وقولُه تَعالىٰ: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] لا يدلُّ علىٰ أنَّ السَّفِيهَ مَوْلِيٌّ عليْه لا محالةَ؛ لأنَّ بعضَ المُفسِّرينَ قالوا: المُرادُ [٨٨/٧و/م] مِن الوَلِيِّ: صاحبُ الحقِّ، يُمْلِي [بالحقِّ][1] بينَ يَدَيْ مَن عليْه الحقُّ؛ لئَلَّا يزيدَ علىٰ ذلِك شيئًا، فإنْ زادَ أوْ نقصَ أنكَرَه صاحبُه.

وقالَ آخَرونَ: الوَلِيُّ وصِيُّ الصَّغِيرِ أوْ ذو النَّسَبِ منهُ. كذا في «**شرْحِ التَّأْويلاتِ**»[2]، فخرَجَ الجوابُ عنِ استِدْلالِهم بهذِه الآيةِ.

وحُكِيَ أنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ سُئِلَ عَن هذِه المسْألةِ؛ فاحتجَّ بقولِه تَعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، وذلِك لأنَّه لمْ يفصِلْ بينَ الرَّشيدِ والسَّفِيهِ، فظاهِرُه يقْتَضِي أنَّ السَّفِيهَ متىٰ ظاهَرَ مِن

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «بالعدل».

(٢) هو شرْح كتاب: «تأويلات أهل السُّنَّة» لأبي منصور محمَّد بن محمَّد الماتُرِيدِيّ (المتوفىٰ سنة ٣٣٣ هـ)، شرَحه الإمامُ الزاهِدُ علاء الدين العَالِم السمرقنديّ، وهو في أربعة مجلدات. وقد مضىٰ التعريف به.

. . . .

امْرأتِه ـ وهُو واجدٌ لِلرَّقبةِ ـ يلزمُه عِتْقُ رقبةٍ، وعَلىٰ قولِهم: لا يلزمُه، وهُو خِلافُ النَّصِّ.

وأمَّا الإجْماعُ: فهُو أنَّ السَّفِيهَ إذا طَلَّقَ، أوْ أعتقَ، أو تزَوَّجَ؛ تصحُّ منهُ هذِه التَّصرُّفاتُ بالاتِّفاقِ، وكذا إذا أقرَّ عَلىٰ نفسِه بالحدودِ والقِصَاصِ؛ صحَّ بالاتِّفاقِ، فلوْ كانَ مَحْجُورًا عليْه لمْ تصحَّ تصرُّفاتُه أصلًا لسلبِ ولايتِه، فإذا صحَّ تصَرُّفه في النَّفسِ ـ وهُو الأصلُ ـ وجَبَ أن يصحَّ تصَرُّفُه في المالِ، وهُو التَّبعُ بِالطَّريقِ[1] الأَولَىٰ بدلالةِ الإجْماعِ.

وأمَّا المعْقولُ: [فنقولُ][2]: هذا حُرٌّ مُخاطبٌ تصرَّفَ في خالِصِ حقِّه علىٰ وَجْهِ التَّنفيذِ، ولمْ يبْطُلْ بِه حقُّ أحدٍ، فوَجَبَ أَن ينفُذَ تصَرُّفُه، ولا يتحَجَّرَ قياسًا علىٰ المُصْلِحِ[3] لمالِه، وعلىٰ الطَّلاقِ والعَتَاقِ والنِّكاحِ، وعلىٰ تصرُّفاتٍ تتَّصلُ بنفسِه مِن الإِقْرَارِ بالحَدِّ والقِصَاصِ، وذلِك لأنَّ كونَه حُرًّا مُخاطبًا دليلٌ عَلىٰ كونِه مالكًا قادِرًا عَلىٰ التَّصرُّفاتِ؛ لأنَّ الخطَابَ دلالةُ اعتِبارِ عقْلِه، والعَقْلُ دلالةُ القدرةِ علىٰ التصَرُّفِ، وكونُه حرًّا دلالةُ المالِكيَّةِ، والمالكُ القادرُ على التَّصَرُّفِ إذا تصرَّفَ في خالصِ مِلْكِه علىٰ وَجْهِ التَّنفيذِ ينفُذُ؛ لأنَّا لوْ قُلنا: لا ينفُذُ؛ كانَ هذا قولًا بخلافِ ما يَقتضيهِ الدَّليلُ، فإنَّ المالِكيَّةَ دليلُ الإطلاقِ، ومَنِ ادَّعَىٰ شيئًا بخِلافِ ما يَقتضيهِ الدَّليلُ كانَ عليهِ الدَّليلُ.

ولا يلزَمُ الرَّاهِن والمَريض؛ لأنَّه [إنْ][4] تصرَّفَ في خالِصِ مِلْكِه، إلَّا أنَّه

---

(١) وقع بالأصل: «الطريق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «الصلح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

أبطلَ بتصرُّفِه حقَّ غيرِه، فإنَّه تعَلَّقَ بِالرَّهْنِ حقُّ المُرْتَهِنِ، وبمالِ المَرِيضِ حقُّ الغُرَمَاءِ والوَرَثَةِ، وقَد أمْكنَ إيفاءُ الحقِّ عَلىٰ صاحِبه بردِّ التصرُّفِ إذا كانَ تصرُّفًا يحتملُ الردَّ بعدَ وقوعِهِ، بخِلافِ ما نحنُ فيهِ، فإنَّه لَمْ يتعَلَّقْ حقُّ أحدٍ بمالِه، والجوابُ عن تَعلُّقِهم بِالآيةِ فقَد أمْضَيْناهُ.

وأمَّا تعلُّقُهم بحديثِ عبدِ اللهِ بنِ جعْفرٍ: فَنقولُ: إنْ كانَ رأيُ عَلِيٍّ ﷺ هو الحَجْر عَلىٰ المُبَذِّرِ؛ فقَدْ [كانَ][1] رأيُ زُبَيْرٍ وعبدِ اللهِ بنِ جعْفرٍ بخِلافِ ذلِك، حيثُ اشتغَلا بإبْطالِ الحَجْرِ، فإذَنْ هذِه المسْألةُ وقَعَ الخلافُ فيها مِن أصحابِ رَسولِ اللهِ ﷺ، فلا يجبُ [٧/٨ظ/م] النُّزولُ [٣/٢٤ظ] عَلىٰ قولِ واحدٍ منهُم، بَل يجبُ تَرجيحُ قولِ البعضِ عَلىٰ البعضِ بِالدَّليلِ.

وأمَّا تعلُّقُهم بحديثِ مُعَاذٍ: فالغالِبُ أنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ فعَلَ ذلِك برِضا مُعَاذٍ؛ لأنَّه لا يخالِفُ رأيَ رَسولِ اللهِ ﷺ، وكذا بَيْعُ عُمَرَ وقِسْمتُه مالَ الأُسَيْفِعِ يحتملُ أنَّه كانَ [ذلِك][2] برِضاهُ، وهُو الغالِبُ، فَلا يكونُ ذلِك دليلَ الحَجْرِ، فلا يَبْقَىٰ للخصْمِ حُجَّةٌ.

وقولُهم: يُحْجَرُ عليْه نظَرًا لَه.

قُلنا: معْنىٰ النَّظرِ لا يتَحَقَّقُ؛ لأنَّ فيهِ إبطالَ أهلِيَّتِه، وإلحاقَه بالبهائِمِ؛ لأنَّ الآدَمِيَّ إنَّما يمتازُ عنِ البَهائمِ بالكلامِ، فإذا لَمْ يُعْتَبَرْ كلامُه التحَقَ بِها لا محالةَ، وفيهِ ضرَرٌ فاحشٌ، فتعارَضَ النظرُ والضَّررُ، فلَم يتَحقَّقِ النَّظرُ، وقياسُ الحَجْرِ علىٰ مَنْعِ المالِ لا يصحُّ؛ لأنَّ مَنْعَ المالِ بسبيلِ التأديبِ والتَّعزيزِ تَثْقيفًا لَه، لا بِسبيلِ إبْطالِ الأهليَّةِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

غاية البيان

ولِهذا قالَ أَبو حَنِيفَةَ ﷺ: إنَّ مَنْعَ المالِ لا يتأبَّدُ، بَل يُمْنَعُ إِلىٰ خمسٍ وعشرينَ سَنَةً؛ لأنَّ الغالبَ رُشْدُه في هذِه المدَّةِ، ولأنَّ الحَجْرَ في كونِه عقوبةً أعْلىٰ مِن مَنْعِ المالِ، فلا يُقاسُ الأعْلىٰ على الأدْنىٰ فيما ثبَتَ عقوبةً علىٰ جِنايتِه، ولا يصحُّ القِياسُ عَلىٰ الصَّبِيِّ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ عَلىٰ النَّظرِ بنفسِه لنفسِه، والسَّفِيهُ يَقْدِرُ عَلىٰ النَّظرِ لنفسِه بنفسِه؛ لأنَّ الشَّرْعَ شرَّفَه بآلةِ المعْرفةِ، فظهَرَ الفَرْقُ.

وقولُهُم: مَنْعُ المالِ لا يُفيدُ بدونِ الحَجْرِ عَن التَّصَرُّفِ؛ لأنَّه يُتْلِفُ بِلِسانِه ما مُنِعَ عَنْ[1] يدِه.

فنقولُ: ذلِك مفيدٌ في الجُملةِ؛ لأنَّ غالِبَ أحْوالِ السَّفِيهِ يكونُ في الهِباتِ لِلمُغَنِّينَ واللَّعَّابِينَ، ونحوِ ذلكَ دونَ التِّجاراتِ، فتحْصُلُ الفائدةُ في مَنْعِ المالِ.

ثمَّ اعْلَمْ: أنَّ السَّفِيهَ ما هُو؟ قالَ الزَّجَّاجُ في «تفْسيره»: «السَّفِيهُ[2]: الخفيفُ العَقْلِ، ومِن هذا قيلَ: تسَفَّهَتِ الرياحُ الشَّيءَ؛ إذا حرَّكَته واسْتَخَفَّتْه»[3].

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الكافي»: «السَّفِيهُ: الَّذي مِن عادتِه التبذيرُ والإسرافُ في النَّفقةِ، وأنْ يتصرَّفَ تصرُّفاتٍ لا لغَرضٍ، أوْ لغَرضٍ لا يَعُدُّه العَقْلاءُ مِن أهلِ الدِّيانةِ غرَضًا، مثْلَ: دَفْعِ المالِ للمُغَنِّينَ واللَّعَّابِينَ، وشراءِ الحَمَامِ الطيَّارةِ[4] بثمنٍ كثيرٍ، والغَبْنِ في التِّجاراتِ مِن غيرِ مَحْمَدةٍ.

وحَدُّ السَّفِيهِ اصطِلاحًا: مَعْنًى لا يَجْرِي بسببِه مَن قامَ بِه علىٰ نَهجِ العَقْلاءِ معَ

---

(١) وقع بالأصل: «من». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «تفسير السَّفِيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «معاني القرآن وإعرابه» للزجاج.

(٣) ينظر: «معاني القرآن وإعرابه» لأبي إسحاق الزجاج [٣٦٢/١].

(٤) وقع بالأصل: «الطائرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَالمُفْتِي المَاجِنِ وَالمُكَارِي المُفْلِسِ جَازَ فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْهُ، إِذْ هُوَ دَفْعُ ضَرَرِ الأَعْلَىٰ بِالأَدْنَىٰ، وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَىٰ مَنْعِ المَالِ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي

غاية البيان

وجودِ كمالِ العَقْلِ والعِلمِ.

وقولُنا: «معَ وجودِ كمالِ العَقْلِ» احترازٌ عنِ المَجْنُونِ والمَعْتُوهِ.

وقولُنا: «والعلمِ» احترازٌ عنِ النَّومِ والإغْماءِ.

وقيلَ: السَّفَهُ ما ليسَ لَه عاقبةٌ حَمِيدةٌ، وقَد مَرَّ في «التبْيِين»[1].

قولُه: (وَالمُفْتِي المَاجِنِ).

ذكرَ [٧/٩و/م] شيخُ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه ﷺ في «طريقته»: «والمُفْتي الجاهِل، وهُما مُتقارِبانِ؛ لأنَّ ضرَرَهُما عامٌّ».

قالَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالِمُ ﷺ في «طَريقته»: «المُفْتِي الماجِنُ هُو الَّذي يُعَلِّمُ الناسَ الحِيَلَ»[2].

وقالَ في «الجمْهرة»: «مَجَنَ الشيءُ يَمْجُنُ مُجُونًا؛ إذا صَلُبَ وغَلُظَ»[3].

وقولُهُم: رَجُلٌ ماجِنٌ، كأنَّه أُخِذَ مِن غِلَظِ الوجْهِ، وقِلَّةِ الحياءِ، وليسَ بعربيٍّ محْضٍ.

[٣/٢٥و] (وَالمُكَارِي المُفْلِسِ)، وهُو الَّذي يَتقبَّلُ الكِرَىٰ، ويُؤَاجِرُ الإبلَ، وليسَ له ظَهْرٌ يَحْمِلُ عليْه، ولا مالٌ يَشتري بِه الدَّوابَّ.

قولُه: (وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَىٰ مَنْعِ المَالِ)، جوابٌ عنَ قولِه: (وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ).

---

(١) ينظر: «التَّبْيِين شرح الأخْسِيكَثِيّ» للمؤلف [٢/٣٧٤ - ٣٧٨].

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٥٣ - ٤٥٤].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٩٥].

الْعُقُوبَةِ، وَلا عَلَى الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّرْعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ الْقُدْرَةِ وَالْجَرْيِ عَلَى خِلَافِهِ بِسُوءِ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْعُ الْمَالِ يُفِيدُ؛ لِأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ فِي الْهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى الْيَدِ.

وَإِذَا حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ؛ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمَقْضِيُّ

غاية البيان

قولُه: (وَلا عَلَى الصَّبِيِّ)، جوابٌ عَن قولِه: (اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ).

قولُه: (وَمَنْعُ المَالِ يُفِيدُ)، جوابٌ عَن قولِه: (ثُمَّ هُوَ لا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ).

قولُه: (وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ؛ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ؛ لِأَنَّ الحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ)، وإنَّما ذكرَ هذا جوابًا لسؤالٍ ذكروهُ في نُسَخِ «طريقة الخلاف»: بأنْ يُقالَ: سلَّمْنا أنَّ تصرُّفَ المَحْجُورِ قبْلَ حَجْرِ القاضي نافذٌ ولا كلامَ فيه، وكلامُنا فيما إذا حَجَرَ القاضي، فلِمَ قُلتُم: إنَّ تصرُّفَه ينْفُذُ بعدَ الحَجْرِ؛ لأنَّ قضاءَ القاضي إذا وقَعَ في فصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيهِ؛ نَفَذَ قضاؤُه بالاتِّفاقِ، كما في بيعِ المُدَبَّرِ، والقضاءِ علَى الغائِبِ، وقسمةِ الغنائِمِ، فينبَغي ألَّا ينْفُذَ تصرُّفُ السَّفيهِ بعدَ حَجْرِ القاضي؟

فأَجابوا عنهُ بجوابَيْنِ:

أحدُهُما: ما ذكَروا في مسْألةِ القَضاءِ علَى الغائِبِ: أنَّ نَفْسَ القَضاءِ إذا كانَ مُجْتَهدًا فيهِ لا ينْفُذُ، وهُنا كذلِك؛ لأنَّ نَفْسَ القضاءِ بالحَجْرِ علَى السَّفيهِ مُجْتَهَدٌ فيهِ.

والثَّاني: أنَّ هذا ليسَ بقضاءٍ، بَل هُو فتوى، فكانَ قضاءُ هذا القاضي وفتوى غيرِه سواءً.

بيانُه: أنَّ القضاءَ لا بُدَّ لَه مِن خُصومةٍ؛ لأنَّه شُرِعَ لفَصْلِ الخُصوماتِ، ولا بُدَّ لِلخُصومةِ مِن الدَّعْوى والإنكارِ، ولمْ يوجَدْ ذلِك، فلَمْ يكُنْ قضاءً، بلْ هو فتوى

وَالْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءً فَنَفْسُ الْقَضَاءِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِمْضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ رَفَعَ تَصَرُّفَهُ بَعْدَ الْحَجْرِ إِلَىٰ الْقَاضِي الْحَاجِرِ أَوْ إِلَىٰ غَيْرِهِ فَقَضَىٰ بِبُطْلَانِ تَصَرُّفِهِ ثُمَّ رَفَعَ إِلَىٰ قَاضٍ آخَرَ نَفَذَ إِبْطَالُهُ لِاتِّصَالِ الْإِمْضَاءِ بِهِ وَلَا يَقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ ذَلِكَ.

ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ؛ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، وَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ. وَقَالَا: لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّىٰ يُؤْنَسَ مِنْهُ الرُّشْدُ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ الْعِلَّةُ وَصَارَ كَالصِّبَا.

غاية البيان

لعدَمِ المَقْضِيِّ لَه والمَقْضِيِّ عليه، حتّىٰ قالوا: لوْ قضىٰ قاضٍ بالحَجْرِ، ورُفِعَ الأمرُ إلىٰ قاضٍ آخرَ، ورأىٰ القاضي الثّاني قضاءَ الأوّلِ بالحَجْرِ نافذًا وقضىٰ بالحَجْرِ أيضًا؛ نَفَذَ قضاؤُه عندَنا أيضًا، فلوْ وُجِدَ الدَّعوىٰ والإنْكارُ، وقضىٰ القاضي بالحَجْرِ نَفَذَ أيضًا، كما إذا كانَ للسَّفِيهِ قَريبٌ مُعْسِرٌ يدَّعِي عليْه النَّفقةَ، وأنَّ لَه مالًا وهبَه مِن غيرِه، فأنكرَ السَّفِيهُ وجوبَ النَّفقةِ عليْه؛ لعدَمِ المالِ، فقَضىٰ القاضي بالحَجْرِ وببُطلانِ نفقتِه؛ ينفُذُ قضاؤُه. كذا قالَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالمُ[1].

قولُه: (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁: إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ؛ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، وَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ [٩/٧ظ/م] يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ.

وَقَالَا: لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّىٰ يُؤْنَسَ مِنْهُ الرُّشْدُ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ)[2]،

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٥٣ - ٤٥٤].

(٢) قال في «التصحيح»: قال القاضي (قاضيخان) في «كتاب الحيطان»: والفتوىٰ علىٰ قولهما: قلت:=

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ مَنْعَ الْمَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ، وَلَا يَتَأَدَّبُ بَعْدَ هَذَا ظَاهِرًا وَغَالِبًا، أَلَا يَرَى [١٤١/ظ] أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جِدًّا فِي هَذَا السِّنِّ فَلَا فَائِدَةَ فِي

غاية البيان

كذا قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختصره»[(١)].

وَجهُ قولِهما: أنَّ علَّةَ مَنعِ المالِ السَّفَهُ، ألا ترىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، فيبقَىٰ المنعُ ما بقِيَتِ العلَّةُ، وهيَ السَّفَه كالصِّبَا.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: ظاهرُ قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، أي: منتهىٰ شبابِه وقُوَّتِه، جَمْعُ: شَدٍّ، كفَلْسٍ وأفْلُسٍ [٢٥/٣ظ]، أوْ جَمْعُ: شِدَّة، كنِعْمةٍ وأنْعُم، أو الأشُدُّ: اسمُ واحدٍ، كالآنُكِ، وهُو الرَّصاصُ.

واختُلِفَ في الأَشُدِّ: قيلَ: خمسَ عشرةَ سَنَةً.

وقيلَ: ثماني عشرةَ [سَنَةً][(٢)]. كذا في «التَّيسير».

= هذا صريح، وهو أقوىٰ من الالتزام. اهـ. قال صاحب «اللباب»: قال شيخنا: ومراده أن ما وقع في المتون من القول بعدم الحجر تصحيح بالالتزام، وما وقع في قاضيخان من التصريح بأن الفتوىٰ علىٰ قولهما تصريح بالتصحيح، فيكون هو المعتمد. وفي «حاشية الشيخ صالح» ما نصه: وقد صرح في كثير من المعتبرات بأن الفتوىٰ علىٰ قولهما. اهـ.

وقال قاضي زاده: ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ تَلْقِيبَ هَذَا الْبَابِ بَابَ الْحَجْرِ لِلْفَسَادِ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّهُ لَا يَرَىٰ الْحَجْرَ لِلْفَسَادِ وَالسَّفَهِ أَصْلًا لَكَانَ لَهُ وَجْهٌ صَحِيحٌ كَمَا لَا يَخْفَىٰ. ينظر: «فتاوىٰ قاضي خان» [١١٢/٣]، «نتائج الأفكار» [٢٦٠/٩]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٤٢]، «تكملة البحر الرائق» [٩١/٨]، «رد المحتار» [١٥٠/٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [٦٩/٢].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «التيسير في التفسير» لنجم الدين لنسفي [١/ق٣٢٢/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٤٩)].

الْمَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ الْبُلُوغِ وَيَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَلَا يَبْقَى الْمَنْعُ، ....

غاية البيان

وقالَ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله **في «مبْسوطه»**: «عَن عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ رضي الله عنه: أنَّه خمسةٌ وعشْرونَ سَنَةً».

وقالَ بعضُهم: أربعونَ سَنَة، وَرُوِيَ عن مُجاهِدٍ في قولِه تَعالىٰ: ﴿وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [القصص: ١٤]، قالَ: ثلاثًا وثلاثينَ سَنَةً، ﴿وَٱسْتَوَىٰٓ﴾. قالَ: أرْبعينَ سَنَةً»[1].

وَجْهُ الاستِدْلالِ بِالآيةِ: أنَّها اقتضَتْ ألَّا يُقْرَبَ مالُ اليَتيمِ بعدَ بُلوغِ الأشُدِّ بوجهٍ ما، فكانَ الحَمْلُ علىٰ خمسٍ وعشرينَ سَنَةً أَوْلَىٰ؛ لأنَّه أوْسَطُ ما قيلَ، وخيرُ الأمورِ أوْساطُها، ولأنَّ هذا التَّفسيرَ منقولٌ عَن عُمَرَ رضي الله عنه، فكانَ الأخْذُ بِه أَوْلَىٰ، والمعقولُ يدلُّ علىٰ هذا التَّقديرِ أيضًا؛ لأنَّ الإنسانَ يتناهَىٰ حالُه في الكِبَرِ بعدَ خمسٍ وعشرينَ سَنَةً، فإنَّه يصيرُ جَدًّا حينَئذٍ؛ لأنَّ فرْعَه صارَ كبيرًا، والفرعُ إذا صارَ كبيرًا يتناهَىٰ حالُ الأصْلِ لا محالةَ، فإذا تناهَىٰ حالُه في الكِبَرِ يحْدُثُ لَه الرُّشْدُ في الغالِبِ، ويَزولُ عنهُ عادةُ الصِّبَا، فيُعْتَبرُ رشيدًا مِن حيثُ الحُكْمُ، وإنْ لم يكُن رشيدًا مِن حيثُ الحقيقةُ.

وإنَّما قُلنا: إنَّه يَصيرُ جَدًّا في هذا السِّنِّ؛ لأنَّ أدْنىٰ ما يحتَلِمُ الغُلامُ الذَّكَرُ اثنتا[2] عشرةَ سَنَةً، ثمَّ يُولَدُ لَه ولدٌ لستَّةِ أشهُرٍ، ثمَّ يبلغُ الولدُ في اثنتَي عشرة سَنَةً، ثمَّ يُولَدُ للولَدِ أيضًا في ستَّةِ أشْهُرٍ، فكانَ الرَّجُلُ جَدًّا في خمسٍ وعشرينَ سَنَةً.

وأمَّا الجوابُ عَن قولِه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

قُلنا: المرادُ مِنَ السَّفَهِ: هُو السَّفَهُ المُطْلَقُ الموْجودُ مِن كلِّ وَجْهٍ، وبعدَما بلَغَ

---

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» [٥/١٩٥]، «الجوهرة النيرة» [١/٣١٢]، «تكملة فتح القدير» [٩/٢٦٢].

(٢) وقع بالأصل: «اثنتي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا، ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لا يُمْنَعُ المَالُ عَنْهُ؛

خمسًا وعشرينَ سَنَةً لا يَبْقَى سفيهًا مُطلقًا، فإنَّ المرءَ إنَّما يتسَفَّهُ قبلَ بلوغِ خمسٍ وعشرينَ [سَنَةً][1]، فإنَّ ذلِك عُنفوانُ شبابِه، والمرءُ يتسَفَّهِ غالبًا في ذلِك الزَّمانِ، فبَعْدَ ما بلَغَ خَمسًا وعشرينَ سَنَةً يقِلُّ سَفَهُه، فلا يُمْنَعُ عنهُ المالُ.

ولا نَقولُ بأنَّه يزولُ عنهُ سفَهُه، بلْ يقِلُّ سَفهُه؛ لأنَّ الرَّشيدَ لا يخْلو مِن قليلِ السَّفَهِ أيضًا، والاعتبارُ [١٠/٧و/م] للسَّفَهِ الغالِبِ.

فإذا قيلَ[2]: السَّفِيهُ لا يَبْقَى سفيهًا مُطلقًا، فَلا تتناولُه الآيةُ، ولأنَّ اللهَ تعالى ذَكَرَ الرُّشْدَ نَكِرةً في قولِه تَعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، والنكرةُ في موضعِ الإثباتِ تَخُصُّ ولا تَعُمُّ، فيقتَضِي رُشْدًا ما، لا عُمومَ الرُّشْدِ.

فإذا قيلَ[3]: السَّفِيهُ يكونُ فيهِ نوْعُ رُشْدٍ لا محالةَ، فيُدْفَعُ إليْهِ المالُ بدلالةِ الآيةِ.

وقولُهُم: إنَّ المانعَ مِن دَفْعِ المالِ قبْلَ بُلوغِ خمسٍ وعشرينَ سَنَةً هوَ السَّفَهُ، والسَّفَهُ قائمٌ بعدَ بُلوغِ هذِه المدَّةِ.

قُلنا: بعضُ مشايخِنا قالوا: إنَّ المنعَ قبْلَ بُلوغِ خمسٍ وعشرينَ سَنَةً كانَ بِطريقِ الزَّجْرِ؛ فإذا بلَغَ هذِه المدَّةَ ولمْ ينزَجِرْ؛ فالظَّاهرُ أنَّه لا ينزَجِرُ، فَلا فائدةَ في مَنْعِ المالِ، فيُدْفَعُ، والصَّحيحُ: أنَّ المنعَ كانَ بِطريقِ النَّظرِ، وبعدَ بلوغِ هذا المَبْلغِ يقِلُّ سفَهُه فيُدْفَعُ.

قولُه: (وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا، ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لا يُمْنَعُ المَالُ عَنْهُ)، أيْ: لأجْلِ أنَّ المنعَ بِاعتِبارِ أثرِ الصِّبَا قالَ [٢٦/٣و] أبو حَنِيفَةَ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «فإذا قل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «فإذا قل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصِّبَا، ثُمَّ لا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ عَلَىٰ قَوْلِهِ وَإِنَّمَا التَّفْرِيعُ عَلَىٰ قَوْلِ مِنْ يَرَىٰ الْحَجْرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَّا صَحَّ الْحَجْرُ لَا يُنَفَّذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ تَوْفِيرًا لِفَائِدَةِ الْحَجْرِ.

غاية البيان

قولُه: (ثُمَّ لا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِهِ)، أيْ: علىٰ قولِ أَبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

أرادَ بِه: التَّفريعَ الَّذي ذكرَه القُدُوريُّ رحمه الله في «مختصَره» بقولِه: «فإذا باعَ لا ينْفُذُ بَيْعُه، وإنْ كانَ فيهِ مصْلحةٌ أجازَه الحاكِمُ»[1]، وذلِكَ لأنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه لَمَّا لمْ يرَ الحَجْرَ جائزًا؛ نَفَذَ بَيْعُ السَّفِيهِ، أجازَه الحاكمُ أوْ لا، وهُما لَمَّا رأيَا الحَجْرَ جائزًا، ورَدَ التفريعُ عَلىٰ مذْهبِهما؛ فانعقدَ بَيْعُ السَّفِيهِ ولمْ ينْفُذْ، فإنْ أجازَه الحاكِمُ: نَفَذَ كما في بيعِ الصَّبِيِّ العاقِلِ، وإلَّا فَلا، وإنَّما يُجِيزُه إذا كانَ في البَيْعِ مصلحةٌ.

فإنْ لَم يكُنْ في البَيْعِ منفعةٌ، بأنْ كانَ فيهِ مُحَابَاةٌ، أوْ لَمْ يكُن فيهِ مُحَابَاةٌ إلَّا أنَّ الثَّمنَ يهْلكُ في يدِ المَحْجُورِ، فإنَّه لا يُجِيزُه؛ لأنَّه لا منفعةَ في المَحْجُورِ في إجَازَةِ هذا البَيْعِ؛ لأنَّ المَبِيعَ يَزولُ مِن مِلْكِه مِن غَيرِ ثمنٍ يحْصُلُ له وَقْتَ الإِجَازَةِ، فكانَ كالصَّبِيِّ إذا باعَ وفي البَيْعِ مُحَابَاةٌ، أوْ لَمْ يكُن فيه مُحَابَاةٌ إلَّا أنَّ الثَّمنَ الَّذي قبضَه يهْلكُ في يدِه لا يُجِيزُه القاضي، ولا نظرَ للمَحْجُورِ والصَّبِيِّ في الإِجَازَةِ؛ لأنَّه لوْ لَمْ يَجُزْ لمْ يَضْمَنْ ما هلكَ مِنَ الثَّمنِ؛ لأنَّه قبضَ بإذْنِ المُشْتَرِي، ويحصلُ لَه المَبِيعُ، ومَتىٰ أجازَ يَزولُ المَبِيعُ عَن مِلْكِه، ولا يحْصُلُ لَه الثَّمنُ. كَذا ذكَرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبْسوطه».

وقدِ اشْتغلَ محمَّدٌ رحمه الله في كِتابِ الحَجْرِ إلىٰ آخِرِ الكِتابِ بِالتَّفريعِ علىٰ مذهبِه فقالَ: «هُو بِمنزلةِ الصَّبِيِّ الَّذي لمْ يبْلغْ، إذا باعَ أوِ اشْترَىٰ فأجازَه الحاكمُ؛ يجوزُ، وما لا فَلا»[2]؛ لأنَّ تصرُّفاتِه ليستْ بباطلةٍ، بَل هِي موقوفةٌ لاحتِمالِ وُقوعِها مصلحةً، فإذا رأىٰ القاضي وقوعَه مصلحةً يُجِيزُه، وإلَّا يَرُدُّه [٧/١٠ظ/م]، بِمنزلةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٥].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤٦٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الحَاكِمُ ؛ لِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَدْ نُصِّبَ الْحَاكِمُ نَاظِرًا فَيَتَحَرَّىٰ الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَيَقْصِدُهُ.

غاية البيان

الصَّبِيِّ الَّذي يعْقلُ ، إلَّا أنَّه يُفارِقُه في خصالٍ أرْبعةٍ: لا يجوزُ لوصِيِّه ولا لأبيهِ أنْ يَبِيعَ عليْه مالَه، ولا يشْتري لَه إلَّا بأمرِ الحاكِمِ، وفي الَّذي لمْ يبلُغْ: يَمْلِكُ ذلِك وصِيُّه أو أبوهُ، وهذا عندَنا.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَمْلِكُ عليْه وليُّه التصرُّفَ ؛ لأنَّ الوَلايَةَ للقَريبِ ، فإن لمْ يكُنْ فلِلقاضي[1].

فنَقولُ: إنَّ الوَلايَةَ تَثْبُتُ علىٰ العاجِزِ ، وهذا قادرٌ ، ولكِن معَ قُدْرتِه مُنِعَ مِن التصَرُّفِ تأديبًا وتثقيفًا ، وولايَةُ التَّأديبِ تكونُ لِلقضاةِ.

والخصلةُ الثّانيةُ: إذا أعتقَ عبدًا جازَ عِتْقُه، ويسْعىٰ في قيمتِه، وكَذا لوْ دبَّر يصحُّ تدْبيرُه، ولوْ ماتَ عنهُ يسْعىٰ في قيمتِه مُدبَّرًا، وإعتاقُ الَّذي لمْ يبْلُغْ لا يصحُّ أصْلًا ؛ لعدَمِ أهلِيَّتِه.

والخصلةُ الثّالثةُ: أنَّ وَصايا الغُلامِ الَّذي قَد بلغَ مُفْسِدًا مِنَ التَّدْبيرِ وغيرِه باطلٌ قِياسًا، ولكنَّا نسْتَحْسِنُ أنَّ ما وافَقَ الحقَّ مِنها، وما تقرَّبَ بِه إلىٰ اللهِ تَعالىٰ، وما يكونُ في غيرِ وَجْهِ الفِسقِ جائزٌ، كما تَجوزُ وصيَّةُ غيرِه، وَما يكونُ سفَهًا لا يجوزُ، وأمَّا وصايا الَّذي لمْ يبلُغْ لا تجوزُ أَصلًا ؛ لأنَّ فسادَ ذلِك لعدَمِ الأهليَّةِ [٣/٢٦ظ]، وفسادَ هذا لسَفَهِه، فما وافَقَ الحقَّ لا يُوصَفُ بالسَّفَهِ فيَنْفُذُ، وما خالَفَه يُرَدُّ.

والخصْلةُ الرّابعةُ: إذا جاءَتْ جاريتُه بولدٍ فادَّعاهُ ؛ يَثْبُتُ نسبُه، وكانتِ الجاريةُ

---

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٧/١٠٠]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤/٤٢٢].

وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ حَجْرِ الْقَاضِي عِنْدَهُ، لِأَنَّ الْحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ وَالْحَجْرِ لِنَظَرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ فِعْلِ الْقَاضِي.

غاية البيان

أُمَّ ولدٍ لَه، فإنْ ماتَ[1] كانتْ حُرَّةً لا سبيلَ عليْها، بخِلافِ الَّذي لمْ يبلغْ؛ لأنَّه ليسَ مِن أهلِ الإيلادِ. كذا ذكرَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرْح الكافي».

فأمَّا شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله ذكرَ في «مبْسوطه» مِن جملةِ الخِصالِ الأرْبعةِ: النِّكاحَ والطَّلاقَ، فقالَ: «يجوزُ نِكاحُ السَّفيهِ ولا يجوزُ نكاحُ الصَّبيِّ العاقِلِ، ويجوزُ طلاقُ السَّفيهِ ولا يجوزُ طلاقُ الصَّبيِّ العاقِلِ»، ولم يذْكرِ الوصايا وادِّعاءَ الولدِ، فعلى هذا تكونُ الخِصالُ الَّتي افترَقَ فيها السَّفيهُ والصَّبيُّ: ستَّةً.

قولُه: (وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله)، ذكرَه تفريعًا على مسْألةِ القُدُوريِّ.

قالَ في «إشارات الأسْرار»: «ثمَّ عندَ مُحمَّدٍ رحمه الله: يصيرُ مَحْجُورًا بدونِ القضاءِ؛ لأنَّ عِلَّةَ الحَجْرِ: السَّفَهُ، وهيَ متحَقِّقةٌ.

وقالَ أبو يوسُف رحمه الله: يتَوَقَّفُ عَلى القضاءِ؛ لأنَّه بيْنَ سَفَهٍ ورُشْدٍ؛ لأنَّه لا يُكابرُ في جَميعِ الأحْوالِ، ولكِن في حالٍ دونَ حالٍ، ويتوقَّفُ عَلى انضِمامِ القَضاءِ إليْه[2].

والفَرقُ لِمحمَّدٍ رحمه الله **بينَ حجرِ السَّفيهِ** ـ حيثُ لا يتَوَقَّفُ عَلى قضاءِ القاضي ـ وبينَ حَجْرِ المَدْيونِ ـ حيثُ يتوقَّفُ [١١/٧و/م] على قَضاءِ القاضي ـ وهوَ أنَّ حَجْرَ السَّفيهِ لمعنًى في نفسِه، وهُو سوءُ اختِيارِه، لا لحَقِّ الغَيرِ، فأشبهَ الجُنُونَ، وثمَّةَ

(١) وقع بالأصل: «ماتت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/٢٦٤]، «تبيين الحقائق» [٥/١٩٥]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٤٢]، «البناية شرح الهداية» [١١/٩٨]، «مجمع الضمانات» [ص/٤٣٦]، «مجمع الأنهر» [٢/٤٣٩].

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذْ الْعِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا، وَعَلَى هَذَا الخِلافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا، ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا.

وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْفُذُ.

غاية البيان

ينحَجِرُ بنَفْسِ الجُنُونِ، ولا يتوَقَّفُ عَلَى القضاءِ، فكذا هُنا.

فأَمَّا الحَجْرُ بسبَبِ الدَّيْنِ: فليسَ لمعنًى فيهِ، بَل لحقِّ الغُرَمَاءِ، حتَّى لا يُتْلِفَ حقَّهم بتصرُّفِه، فيتوقَّفُ عَلَى قَضاءِ القاضي؛ لأنَّ لَه وَلايَةً عليْه، فيَعْمَلُ حَجْرُه».

قولُه: (وَعَلَى هَذَا الخِلافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا، ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا)، يعْني: أنَّ عندَ محمَّدٍ: ينحَجِرُ بمجرَّدِ السَّفَهِ.

وعندَ أَبي يوسُف ﷺ لا ينحَجِرُ ما لمْ يَقْضِ القاضي.

قولُه: (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ)، هذا لفْظُ القُدُوريِّ ﷺ في **«مختَصَره»**، وتمامُه فيهِ: «وكانَ عَلَى العبدِ أَن يسْعَى في قيمتِه»[(١)].

وإنَّما خصَّ صاحبُ **«الهِداية»** قولَ أَبي يوسُف ومحمَّدٍ ﷺ؛ لأنَّه فرَّعَ على أَصْلِهما لا عَلَى أَصْلِ أَبي حَنِيفَةَ؛ لأنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: إعتاقُ السَّفِيهِ كإعتاقِ المُصْلِح، لا سِعَايَةَ عَلَى العبدِ عِندَه؛ لأنَّ الحَجْرَ عَلَى السَّفِيهِ المكلَّفِ باطلٌ عنده، وإنَّما السِّعَايَةُ عليْه عندَهُما، فلأجْلِ هذا قالَ: **(نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا)**، وكانَ عَلَى العَبدِ أَن يسْعَى في قيمتِه، ووجوبُ السِّعَايَةِ عليْه عندَهُما **ظاهرُ الرِّوايةِ** عنهُما[(٢)]. كذا ذَكَرَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في **«شرْح الطَّحَاوِيّ»**.

ثمَّ قالَ: «ذكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَن محمَّدٍ ﷺ: الرجوعَ عَن ذلِك. وقالَ: إنَّ العبدَ يعتقُ مِن غيرِ سِعَايَةٍ». ثمَّ قالَ: «وهذا غيرُ ظاهرٍ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٤٨].

وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الْهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الْحَجْرُ وَمَا لَا فَلَا، لِأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَى الْهَازِلِ مِنْ حَيْثُ أَنَّ الْهَازِلَ يَخْرُجُ كَلَامُهُ **لا عَلَى نَهْجِ كَلامِ العُقَلاءِ** لِاتِّبَاعِ الْهَوَى وَمُكَابَرَةِ الْعَقْلِ لَا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ

غاية البيان

وَجْهُ تِلكَ الرِّوايةِ: أنَّ السِّعَايَةَ تلزَمُ لتعلُّقِ [٢٧/٣و] حقِّ الغَيرِ بمالِ المُعْتقِ، ولا حقَّ لأحدٍ في مالِ السَّفِيهِ، فلَمْ يلزمْه السِّعَايَةُ.

وَجْهُ روايةِ الأُصولِ عنهُما: أنَّ العبدَ عَلىٰ مِلْكِه، وإنَّما مُنِعَ مِن التصَرُّفِ لثُبوتِ حقِّ الغَيرِ فيهِ، وإذا أعتقَ نَفَذَ عِتْقُه، ووجبَتِ السِّعَايَةُ كالمَريضِ إذا أعتقَ عبدًا لا مالَ لَه غيرُه، أوْ لا يخرجُ مِن ثُلثِه، وكالرّاهنِ إذا أعتقَ وهُو مُعْسِرٌ[1]. كَذا في «**شرْح الأقْطع**».

ثمَّ عندَهُما: لوْ ظاهَرَ هذا المُفْسِدُ عنِ امْرأتِه أجزأَهُ الصَّومُ؛ لأنَّه بمنزلةِ الغائبِ عَن مالِه، ولوْ أعتقَ عبْدَه عَن ظِهارِه سَعىٰ الغلامُ في جَميعِ قيمَتِه؛ لأنَّ إعْتاقَه مِن حيثُ إنَّه إتلافُ مالِه واجبُ النقْضِ، ثمَّ لا يُجْزِئُه عَن ظِهارِه؛ لأنَّه يَكونُ إعتاقًا بعِوَضٍ، وكذلِك عليْه كفَّارةُ القتْلِ بالصَّومِ لِمَا قُلْنا.

أَلا تَرىٰ أنَّ المَريضَ المُصْلِحَ لوْ أعتقَ عبْدَه عَن ظهارٍ أوْ قتْلٍ، ولا مالَ لَه غيرُه، ثمَّ ماتَ في مرضِه؛ سَعىٰ الغلامُ في ثُلثَيْ قيمتِه، ولَمْ يُجْزِه عَن الكفَّارةِ للسِّعَايَةِ الَّتي وجبَتْ، كَذا هذا، فإنْ صامَ المُفْسِدُ أحدَ الشَّهرَيْنِ ثمَّ صارَ مُصْلِحًا؛ لَمْ يُجْزِهِ إلَّا العِتْقُ، بمنزلةِ [١١/٧ظ/م] مُعْسِرٍ أيْسَرَ؛ لأنَّه لا يُمْنَعُ عنهُ مالُه حينَئذٍ، فَصارَ قادرًا عَلىٰ الإِعْتَاقِ بِلا سِعَايَةٍ قبلَ حصولِ المقْصودِ بِما جُعِلَ خَلَفًا في الكفَّارةِ، فبطَلَ حُكْمُ الخَلَفِ. كذا في «**شرْح الكافي**».

قولُه: (لا عَلَىٰ نَهجِ كَلامِ العُقَلاءِ).

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٨].

وَالْعِتْقُ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ.

وَالأَصْلُ عِنْدَهُ: أَنَّ الْحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ حَتَّى لَا يَنْفُذُ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إِلَّا الطَّلَاقُ كَالْمَرْقُوقِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَصِحُّ مِنَ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنْ السَّفِيهِ وَإِذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ لِمَعْنَى النَّظَرِ وَذَلِكَ فِي رَدِّ الْعِتْقِ إِلَّا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ الْقِيمَةِ كَمَا فِي الْحَجْرِ عَلَى الْمَرِيضِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَتْ إِنَّمَا تَجِب حَقًّا لِمُعْتَقِهِ وَالسِّعَايَةُ مَا عُهِدَ وُجُوبُهَا فِي الشَّرْعِ إِلَّا لِحَقِّ غَيْرِ الْمُعْتَقِ.

وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ جَازَ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ الْعِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا تَجِبُ السِّعَايَةُ مَا دَامَ الْمَوْلَى حَيًّا؛ لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ سَعَى فِي قِيمَتِهِ [١٤٢/و] مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّهُ عُتِقَ بِمَوْتِهِ وَهُوَ مُدَبَّرٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ.

غاية البيان

والنَّهْجُ ـ بِسكونِ الهاءِ ـ: الطَّريقُ الواضِحُ مثْلُ المنْهاجِ.

قولُه: (وَالأَصْلُ عِنْدَهُ)، أيْ: عندَ الشَّافِعيِّ ﷺ.

قولُه: (بَعْدَهُ)، أيْ: بعدَ الحَجْرِ.

قولُه: (وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ جَازَ)، ذكرَه تفْريعًا على مسْألةِ القُدُوريِّ ﷺ، وذلِك لأنَّ التَّدْبيرَ يُوجِبُ حقَّ العِتْقِ لا حقيقةَ العِتْقِ، فإذا كانَ لِلسَّفِيهِ أنْ يُعْتِقَ عبْدَه؛ كانَ لَه أنْ يُدَبِّرَه بِالطَّريقِ الأَوْلَى.

قالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الكافي»: «ولوْ دبَّرَ يصحُّ، ولكِن لا تجبُ عليْه السِّعَايَةُ، ولا يُمْكِنُ إيجابُ السِّعَايَةِ علىٰ عَبْدِه؛ لعدمِ

وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا، وَالجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَىٰ ذَلِكَ لِإِبْقَاءِ نَسْلِهِ فَأُلْحِقَ بِالْمُصْلِحِ فِي

غاية البيان

القائدةِ؛ لأنَّه لوْ سعَىٰ لَه سَعىٰ لَه مِن كَسْبِه، وكَسْبُه لَه، ولكِن لوْ ماتَ يومًا مِن الدَّهرِ يسْعىٰ في قيمتِه مُدبَّرًا لورثتِه؛ لأنَّه صارَ مُعْتقًا إيَّاهُ، وهو مُدَبَّرٌ بِالكلامِ السّابقِ، وكذلِك إن أعتقَه بعدَ التَّدْبيرِ.

قولُه: (**وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا، وَالجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ**)، ذكَرَه أيضًا تفْريعًا علىٰ مسْألةِ القُدُوريِّ ﷺ.

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»: «قالَ: ولوْ أنَّ هذا الَّذي بلغَ وهُو مُفْسِدٌ غيرُ مُصْلحٍ جاءتْ جاريةٌ لَه بولدٍ فادَّعَاهُ، وزعَم أنَّه ابنُه؛ صحَّتْ دِعْوتُه، وَثَبتَ النسبُ منهُ، وكانَ الولدُ حُرًّا مِن غَيرِ سِعَايَةٍ، وإنَّما صحَّ دِعوتُه لأنَّه يصحُّ عِتقُه، فيصحُّ دِعْوتُه قياسًا علىٰ المُصْلحِ لمالِه بلْ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ الدِّعْوةَ أسرعُ نفاذًا منَ العِتْقِ.

أَلا ترىٰ أنَّهم قالوا فيمنْ باعَ جاريتَه مِن رَجُلٍ، فجاءتْ بولدٍ لأقلَّ مِن ستَّةِ أشهرٍ، فادَّعَاه البائعُ؛ فإنَّه يصحُّ [٣/٢٧ظ] دِعْوتُه، ولوْ أعتقَ ولدَها لا يصحُّ عِتْقُه، وإذا صحَّتْ دِعوتُه؛ كانَ الولدُ حُرًّا مِن غيرِ سِعَايَةٍ، والأُمّ تَعْتِقُ بموتِه مِن غَيرِ سِعَايَةٍ؛ لأنَّ العُلُوقَ كانَ في مِلْكِه.

واتِّصالُ العُلُوقِ جُعِلَ بمنزلةِ الشّهادةِ فيما يُؤَدِّي إلىٰ إبطالِ حقِّ الغَيرِ، كما في مسْألةِ البائعِ والمَريضِ لا بمنزلةِ الإقْرارِ، ففيما يُؤَدِّي إلىٰ إبطالِ حقِّه أَوْلَىٰ، فمتىٰ لَمْ يكُنِ العُلُوقُ في مِلْكِه؛ لَمْ يُجْعَلْ بمنزلةِ الشّهادةِ فيما يُؤَدِّي إلىٰ إبْطالِ حقِّ الغَيرِ، وجُعِلَ بمنزلةِ التَّحريرِ، فكذا فيما يُؤَدِّي إلىٰ إبْطالِ حقِّه جُعِلَ بمنزلةِ التَّدْبيرِ».

حَقِّهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ كَالْإِقْرَارِ بِالْحُرِّيَّةِ إِذْ لَيْسَ

غاية البيان

قالَ: «والاِسْتِيلادُ مِن حوائجِ السَّفيهِ لا بُدَّ [لَه][1] مِن ذلِك كالنَّفقةِ، وما كان مِن حوائجِه فَالسَّفِيهُ والمُصْلِحُ في ذلِك سواءٌ كالنَّفقةِ».

والدَّليلُ علىٰ أنَّ الاِسْتِيلادَ مِن جملةِ الحوائِجِ الحالِي للإنسانِ: ما قالوا في المَرِيضِ مرضَ الموْتِ: إذا كانَ عليْه دَيْنٌ مُسْتغرِقٌ [٧/١٢و/م]، فادَّعَىٰ ولدَ جاريةٍ كانَ لَه، إنْ كانَ عُلُوقُ الولدِ في مِلْكِه صحَّ دِعْوتُه، ويَثْبُتُ نسبُ الولدِ حُرًّا مِن غيرِ سِعَايَةٍ، وتعْتِقُ الجاريةُ بموتِه مِن غيرِ سِعَايَةٍ؛ لأنَّ الدِّعْوةَ دِعْوةُ استيلادٍ، فكانَ مِن حوائجِه، وحقُّ الغُرَمَاءِ والوَرَثَةِ لا يتعَلَّقُ فيما كانَ مِن حوائجِه الحالِيّ، وإذا لَمْ يتعَلَّقْ حقُّ الغُرَمَاءِ والوَرَثَةِ بِما كانَ مِن حوائجِه؛ كانَ المَرِيضُ في ذلِك والصَّحيحُ سواءً.

دليلُه: لوْ لَمْ يكُنْ عُلُوقُ الولَدِ في مِلْكِه، بأنِ اشْترىٰ جاريةً مِن السّوقِ، ثمَّ جاءتِ الجاريةُ بالولدِ فادَّعَاهُ المَرِيضُ؛ فإنَّه يَثْبُتُ نسبُ الولدِ، ويكونُ الولدُ حُرًّا بِالسِّعَايَةِ، والجاريةُ تَعْتِقُ بموتِه بِالسِّعَايَةِ؛ لأنَّ الدِّعْوةَ منهُ دِعْوةُ تحريرٍ، فجُعِلَ الدِّعْوةُ منهُ والإِعْتَاقُ سواءً، فلوْ أَعْتَقَ الولدَ والجاريةَ؛ كانَ عليهِما السِّعَايَةُ، فكذلِك هَذا».

قالَ: «ولوْ كانتْ لَه جاريةٌ لا يُعْلَمُ لَها ولدٌ، قالَ: هذِه أُمُّ ولدي؛ كانَ بمنزلةِ أُمِّ لولدِه لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِها، فإنْ ماتَ سعَتْ في جميعِ قيمتِها؛ لأنَّه مَتىٰ لمْ يكُن معَها ولدٌ؛ فالدِّعوةُ دِعْوةُ تحريرٍ؛ لأنَّا لا نعلمُ بِعُلُوقِ الولدِ في مِلْكِه.

ألا تَرىٰ أنَّ البائعَ إذا ادَّعَىٰ بعدَما ماتَ الولدُ، أو أعتقَ الولَد؛ فإنَّه لا تصحُّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لَهُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ الْمَرِيضُ إِذَا ادَّعَىٰ وَلَدَ جَارِيَتِهِ ....

غاية البيان

دِعْوتُه، واعْتُبِرَ دِعْوةَ تَحريرٍ منهُ بدونِ الولدِ، فإذا اعْتُبِرَ تحريرًا؛ صارَ كأنَّه قالَ لِلجاريةِ: أنتِ حُرَّةٌ بعدَ موْتي، ولوْ قالَ لَها: أنتِ حُرَّةٌ بعدَ موْتي؛ كانَ لا يَقْدِرُ علىٰ بَيْعِها، فإذا ماتَ عتقَتْ بِالسِّعَايَةِ، فكذلِكَ هَذا».

قالَ: «تَرىٰ أنَّه لوِ اشْترىٰ ابنَه وهُو معْروفٌ وقَبَضَه؛ كانَ شِراؤُه فاسدًا، ويَعْتِقُ الغلامُ عليْه حينَ قبَضَه، ويسْعىٰ في قيمتِه لِلبائِعِ، ولا يكونُ لِلبائِعِ في مالِ المُشْتَرِي شيءٌ».

قالَ شيخُ الإسْلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الكافي»: «وهذا مُشْكِلٌ علىٰ قولِهِم؛ لأنَّ شراءَ السَّفِيهِ ليسَ بمنعقدٍ في حقِّ الحُكْمِ، فكيفَ يعْتق عليْهِ؟ ولوِ انعقدَ في حقِّ الحُكْمِ وعَتَقَ عليهِ ينبَغي أَن يسْعىٰ لَه لا للبائِعِ، ويجبُ لِلبائِعِ عليْه الثَّمن».

ثمَّ قالَ: «قُلنا: يجوزُ أنَّه نَفَذَ مِن حيثُ إنَّه إعتاقٌ، لَا مِن حيثُ إنَّه شراءٌ؛ لأنَّ شراءَ [٣/٢٨و] القَريبِ إعتاقٌ عندَنا، وإعتاقُ السَّفِيهِ صحيحٌ علىٰ وَجْهٍ يُوجِبُ السِّعَايَةَ، والسِّعَايَةُ لِلمُشْتَرِي، إلَّا أنَّ القاضي يُحِيلُ بائعَه علىٰ العبدِ بِما وجَبَ لِلمُشْتَرِي عليْه، ويُخْرِجُه مِن البَيْنِ[1]، ولا يُخاطِبُه بشيءٍ لسَفَهِه.

أوْ نقولُ: بأنَّ تصرُّفَ السَّفِيهِ في القَريبِ شِراءٌ واقعٌ لنفسِه مِن وَجْهٍ، مِن حيثُ إنَّه يقْصدُ بِه المِلْكَ، وواقعٌ لِلقريبِ مِن وَجْهٍ، مِن حيثُ إنَّه يقْصدُ بِه عِتْقَه؛ لأنَّه لا حَجْرَ عليْه مِن هذا الوجْهِ، وصارَ كَالوَكِيلِ مِن جهتِه، فلِهذا عَتَقَ بِالسِّعَايَةِ عليْه لِلبائعِ، وشبَّهَ هذا بِالمريضِ لوْ وُهِبَ لَه ابنُه المعْروفُ [١٢/٧ظ/م]، أوْ وُهِبَ لَه غلامٌ

(١) وقع بالأصل: «اليمين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَهُوَ عَلَىٰ هَذَا التَّفْصِيلِ.

قَالَ: وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الْهَزْلُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ.

في مرضِه، فادَّعَىٰ أنَّه ابنُه ثمَّ ماتَ وعليْه دَيْنٌ، ولا مالَ له غيرُه؛ سعَى الغلامُ في قيمتِه لِلغُرَمَاءِ.

ويُسْتَدلُّ بهذا: أنَّ هذا بِمنزلةِ الإِعْتَاقِ منهُ ابتداءً، وإعتاقُ المَرِيضِ مرضَ الموتِ وعليهِ دَيْنٌ حُكْمُه هذا».

قولُه: (فَهُوَ عَلَىٰ هَذَا التَّفْصِيلِ)، أي: ادّعاءُ المَرِيضِ ولدَ جاريتِه علَىٰ التَّفصيلِ الَّذي ذَكَرْنا، فإنْ كانَ عُلُوقُ الولدِ في مِلْكِه؛ كانَ دِعْوةَ استيلادِه لشهادةِ الولدِ، وألا يكون دِعْوة تَحْرِيرٍ؛ لعدمِ شهادةِ الولدِ، وقَد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهُ)، أيْ: قَالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختَصَره»، وتمامُه فيهِ: «وإنْ سَمَّىٰ لها مهرًا؛ جازَ منهُ مقدارُ مَهْرِ مِثْلِها، وبَطَلَ الفضلُ»[١]، وهذا علَىٰ مذهبِهما؛ لأنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: تصرُّفُ السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليْه كتصرُّفِ المُصْلِحِ، فلا يَبْطُلُ الفضلُ.

اعلَمْ: أنَّ الغُلامَ الَّذي بلَغَ مُفْسِدًا إذا تزوَّجَ امْرأةً؛ جازَ نكاحُه، ويَبْطُلُ الفضلُ مِن مَهْرِ مثلِها، ويكونُ مهرُها مقدارَ مَهْرِ مِثْلِها، وذلِك لأنَّ النِّكَاحَ تصرُّفٌ لا يُؤَثِّرُ فيهِ الهزلُ، فيكونُ السَّفِيهُ والمُصْلِحُ فيهِ سواءً، ولا سفَهَ في انعِقادِ النِّكَاحِ، فَلا يُرَدُّ عليهِ، وإنَّما السَّفَهُ في الزِّيادةِ علَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، فيُرَدُّ ذلِك عليْهِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ عليْه إيجابٌ بغَيرِ عِوَضٍ، فيكونُ بمنزلةِ التبرُّعِ، فَلا يصحُّ منهُ، كالمَرِيضِ إذا تزوَّجَ امرأةً صحَّ نكاحُه بمهْرِ المِثْلِ، حتَّىٰ حاصَّتِ[٢] المرأةُ الغُرَمَاءَ في ذلِك.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٩٥].

(٢) يقال: تَحَاصَّ القَوْمُ يَتحاصُّونَ؛ إذا اقْتَسموا المال بينهم حِصَصًا. ينظر: «النظم المستعذب»=

وَإِنْ سَمَّىٰ لَهَا مَهْرًا جَازَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ وَبَطَلَ الْفَضْلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهَذَا الْتِزَامٌ بِالتَّسْمِيَةِ، وَلَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ فَلَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ، وَصَارَ كَالْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ.

وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ لَهَا النِّصْفُ فِي مَالِهِ ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ إِلَىٰ مِقْدَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً ؛ لِمَا بَيَّنَّا.

غاية البيان

وإنْ كانَ أكثرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ: فإنَّه يُحَطُّ الزِّيادةُ عنهُ، حتَّىٰ لا تحاصَّ، فكذا هَذا، ولوْ طلَّقَها قبلَ الدُّخولِ وجَبَ لَها نصْفُه في مالِه ؛ لأنَّ التَّسميةَ ليستْ بباطلةٍ أصلًا، وإنَّما الباطلُ تَسميةُ ما زادَ علىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ في «مختَصَره»: «وكذلِك لوْ تزَوَّجَ أربعَ نسْوةٍ، وكذلِك لوْ تزوَّجَ كلَّ يومٍ واحدةً ثمَّ طلَّقَها»[1].

قالَ شيخُ الإسْلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الكافي»: «وهذا يُبطِلُ مذهبَهُما، فإنَّه يتَسَفَّهُ في هذا، ويتصوَّرُ السَّفَهُ عادةً مِن هذا الوجهِ، ومعَ ذلِك لا يحْجُرانِ عليْه».

ثمَّ قالَ: «لكنَّهما يقولانِ: السَّفَهُ ليسَ بِمعتادٍ بِهذا الطَّريقِ ؛ لأنَّ السَّفَهَ المُعتادَ ما يحصلُ لهُ نوعُ غرَضٍ، صحيحًا كانَ أوْ فاسدًا، وليسَ [٣/٢٨د] في الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ علىٰ وَجْهٍ لا يَصِلُ إليْه لذَّةٌ أوْ راحةٌ غرَضٌ، وبعدَ الدُّخولِ إنْ تحقَّقَ غرَضٌ لكنَّه مخصورٌ ؛ لا يُتصَوَّرُ فيهِ المُجاوزةُ عَن حَدِّه، والسَّفَهُ مُجاوَزةٌ عَن الحَدِّ في كلِّ بابٍ.

أوْ يُقالُ: بأنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّه بعُذْرِ السَّفَهِ ؛ لأنَّ طريقَ رَدِّه أنْ يُلْحقَه بالهازِلِ،

= لابن بطال [٢/٢١].

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٤٧٨].

قَالَ: وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَيُنْفِقُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَعَلَى مَنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ؛ لِأَنَّ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَى ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَرَابَتِهِ، وَالسَّفَهُ لَا يُبْطِلُ حُقُوقَ

غاية البيان

والهازِلُ والجادُّ في هذا سواءٌ، ولوْ حَلَفَ بِاللهِ أوْ نذَرَ [نذْرًا][1] مِن هَدْيٍ أوْ صدقةٍ؛ لمْ يُنَفِّذْ لَه القاضي شيئًا [١٣/٧و/م] مِن ذلِك؛ لأنَّ ذلِك يُؤَدِّي إلى فَتْحِ بابِ الإتْلافِ، فَلا يُفيدُ الحَجْرُ فائدتَه.

وإنْ حنثَ في يمينِه لَمْ يَعْتِقْ، ولَمْ يُطْعِمْ، ولَمْ يَكْسُ؛ لأنَّه لوْ كفَّرَ بِالمالِ يحْلِفُ كلَّ يومٍ ويُحَنِّثُ نفسَه، فيَتَمَكَّنُ مِن إفْسادِ مالِه، ولكِن يصومُ عَن كلِّ يمينٍ ثلاثةَ أيّامٍ مُتتابعاتٍ؛ لأنَّه كالغائِبِ عَن مالِه، حيثُ حُجِرَ عليْه، ومُنِعَ بسبَبِ السَّفَهِ، كالَّذي مُنِعَ مِن مالِه بسبَبِ الغَيْبةِ، وكالَّذي غُصِبَ عنهُ مالُه وجُحِدَ.

قولُه: (قَالَ: وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «ويُنفَقُ على أولادِه وزوْجتِه، وعَلى مَن تجبُ نفقتُه مِن ذَوي أرْحامِه»[2].

قالَ في «شرْح الأقْطع»: «وهذا الَّذي ذكرَه ظاهِرٌ عَلى قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّه مسْلمٌ غيرُ مَحْجُورٍ عليْهِ، وجبَتْ عليهِ الزَّكاةُ والنفقةُ، فيُخْرَجُ مِن مالِه، وعلى قولِهما: هوَ مَحْجُورٌ عليهِ في جَميعِ التصرُّفاتِ، إلَّا أنَّ ما يجبُ عليْهِ مِن الحقوقِ يُخْرجُها مَن يَلي عليْهِ، فَلا تَسْقُطُ حُقوقُهُم بسَفَهِه»[3].

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ الَّذي ذكرَ قبْلَ هذا مِن التصرُّفاتِ الَّتي يُوجِبُها المَحْجُورُ على نفسِه، أمَّا ما أوْجبَه اللهُ عليْه مِن الزَّكاةِ والحجِّ وغيرِ ذلِك؛ فالسَّفِيهُ والمُصْلحُ في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٧٩].

النَّاسِ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ لِيَصْرِفَهَا إِلَىٰ مَصْرِفِهَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نِيَّتِهِ لِكَوْنِهَا عِبَادَةً، لَكِنْ يَبْعَثُ أَمِينًا مَعَهُ؛ كَيْلَا يَصْرِفَهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ. وَفِي النَّفَقَةِ يَدْفَعُ إِلَىٰ أَمِينِهِ لِيَصْرِفَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ فَلَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ نِيَّتِهِ، ....

غاية البيان

ذلِك سواءٌ؛ لأنَّه لا فسادَ فيما يُوجبُه اللهُ عليْه، فإنَّ اللهَ تَعالىٰ لا يحبُّ الفسادَ ولا يرضَىٰ بِه، إنَّما الفسادُ فيما يُوجبُه علىٰ نفسِه، وإذا لمْ يكُن فيما يُوجبُه اللهُ تَعالىٰ فسادٌ كانَ هو في ذلِك والمُصْلِحُ سواءً، فينبَغي لِلحاكِمِ أنْ يُنَفِّذَ له في مالِه ما أوْجبَه اللهُ تَعالىٰ عليْه، إلَّا أنَّه لا يَدْفعُ قَدْرَ الزَّكاةِ إلىٰ السَّفِيهِ حتَّىٰ يُؤَدِّيَ بنفسِه؛ لأنَّه ربَّما يُفسِدُ ذلِك، ولا يَصْرِفُه إلىٰ الفُقراءِ، ولكِن يدْفَعُ إلىٰ أمِينِه ثمَّ يأمُرُه المَحْجُورُ بأنْ يَصْرِفَه إلىٰ الفُقراءِ؛ لأنَّ الزَّكاةَ لا تتأتَّىٰ مِن غَيرِ نيَّةٍ، بخِلافِ نفقةِ المَحارِمِ، فإنَّه يُعْطِي أمِينَه، ولا يحتاجُ إلىٰ أمْرٍ مِن جِهةِ السَّفِيهِ؛ لأنَّ نفقةَ المَحارِمِ تتأدَّىٰ من غَيرِ نيَّةٍ.

ثمَّ لا يُصَدَّقُ السَّفِيهُ في إقْرارِ النَّسبِ إذا كانَ رَجُلًا إلَّا في أربعةِ أشياءَ: في الولدِ، والوالدِ، والزَّوجةِ، وموْلىٰ العَتاقةِ؛ لأنَّ السَّفِيهَ والمُصْلِحَ في حقِّ إثباتِ النَّسبِ سواءٌ، والمُصْلِحُ إنَّما يُصَدَّقُ في إقْرارِه بالنَّسبِ في الأرْبعةِ الَّتي ذكَرْنا؛ لأنَّه يُقِرُّ علىٰ نفسِه.

فأمَّا فيما عَدا ذلِك: فإنَّه لا يُصَدَّقُ؛ لأنَّه تحميلُ النَّسبِ علىٰ الغَيرِ، فكذا هذا.

وإن كانَتِ المُفْسِدَةُ امرأةً فإنَّها تُصَدَّقُ في ثلاثةِ أشياءَ: بِالوالدِ، والزَّوجِ، ومولىٰ العَتاقةِ، ولا تُصَدَّقُ في الولدِ؛ لأنَّها تحمِّلُ النسبَ علىٰ غيرِها في الولدِ، وهيَ والمُصْلِحةُ في ذلِك سواءٌ.

ثمَّ إذا صُدِّقَ في إقْرارِه في حقِّ هؤُلاءِ: إنْ ثبَتَ عُسْرُ [٣/٢٩و] هؤُلاءِ بالبيِّنةِ؛ فإنَّه يجبُ النَّفقةُ في مالِه، وإنْ لَمْ يَثْبُتْ عُسْرُهُم [١٣/٧ظ/م] بالبيِّنةِ، ولكِن السَّفِيه أقرَّ بعُسْرِهم؛ فإنَّه لا تجبُ النَّفقةُ، وذلِك؛ لأنَّ نفقةَ الأقاربِ إنَّما تُستَحَقُّ بالقَرابةِ

وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ ؛ حَيْثُ لا يَلْزَمُهُ المَالُ بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارُهُ بِالصَّوْمِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ ، فَلَو فَتَحْنَا هَذَا البَابَ يُبَذِّرُ أَمْوَالَهُ بِهذا الطَّرِيقِ ، وَلَا كَذَلِكَ مَا يَجِبُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ فِعْلِهِ. قَالَ: فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الإِسْلامِ ؛ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ وَلَا يُسَلِّمُ

غاية البيان

والعُسْرِ ، فيُضافُ الاستِحْقاقُ إلى آخرِهما ثُبوتًا.

ومَتى كانَ العُسْرُ ثابتًا فآخرُهما ثبوتًا النَّسبُ ، فيكونُ مُقِرًّا بالنَّسبِ لا بالمالِ عَلى نفسِه ، وإقرارُه بالنَّسبِ جائزٌ ، فإذا أقَرَّ بالعُسْرِ بعدَ النَّسبِ يكونُ وجوبُ النَّفقةِ مُضافًا إلى العُسْرِ ، وإذا كانَ مُضافًا إليْه فقد جُعِلَ مُقِرًّا بإيجابِ مالٍ عَلى نفسِه لا بالنَّسبِ ، فلا يُصَدَّقُ.

وكذلِك إنْ أقَرَّ للمرأةِ بنفقةِ ما مَضى لمْ يُصَدَّقْ إلَّا ببينةٍ ؛ لأنَّ نفقةَ المرأةِ لا تَصيرُ دَيْنًا فيما مَضى إلَّا بقضاءٍ أوْ رِضا ، ولمْ يُعْرَفْ ذلِك إلَّا بقولِه ، فيصيرُ مُقِرًّا بإيجابِ دَيْنٍ عَلى نفسِه ، فَلا يُصَدَّقُ إلَّا أَن تقومَ عَلى ذلِك بيِّنةٌ ؛ لأنَّ الثّابتَ بِالبيِّنةِ العادلةِ كالثّابتِ مُعايَنةً. كذا ذكَرَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبسوطه».

قولُه: (وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ ؛ حَيْثُ لا يَلْزَمُهُ المَالُ)، أيْ: هذا الَّذي ذكَرَه القُدُوريُّ ﷺ مِن إخْراجِ الزَّكاةِ مِن مالِ السَّفِيهِ ، والإنفاقِ منهُ عَلى أوْلادِه وزوْجتِه بخِلافِ ما إذا حَلَفَ السَّفِيهُ أو نذَرَ أوْ ظاهَرَ فحنثَ في يَمينِه ؛ لا يلزمُه كفَّارةُ اليَمينِ ، ولا كفَّارةُ الظِّهارِ بالمالِ ، بلْ يُجْزئُه الصَّومُ ؛ لأنَّه كالغائِبِ عنَ مالِه فيما يُوجبُه على نفسِه عَلى ما مَرَّ بيانُه ، فلوْ أوجَبْنا عليهِ التَّكفيرَ بِالمالِ لانفَتحَ عليهِ طريقُ التَّبذيرِ ، فأفسَد مالَه ، وليسَ كذلِكَ ما يجبُ عليْه بِغيرِ فِعْلِه ؛ لأنَّه لا فسادَ في ذلِك على ما قُلنا.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الإِسْلامِ ؛ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ

القَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيْهِ وَيُسَلِّمُهَا إِلَىٰ ثِقَةٍ مِنَ الحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الحَجِّ؛ كَيْلَا يُتْلِفَهَا [١٤٢/ظ] فِي غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ.

غاية البيان

في «مختَصَره»، وتمامُه فيه: «ولا يُسَلِّمُ القاضي النفقةَ إليْه، ويُسَلِّمُها إلى ثقةٍ مِن الحاجِّ يُنْفقُها عليْه في طَرِيقِ الحجِّ»[(١)].

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبْسوطه»: وإنْ أرادَ أنْ يَحُجَّ حجةَ الإسْلامِ لم يُمْنَعْ مِن ذلِك؛ لأنَّ حجَّةَ الإسْلامِ إنَّما وجبتْ عليْه بإيجابِ اللهِ تَعالى لا بإيجابِه، وما وجَبَ بإيجابِ اللهِ تَعالى فالسَّفِيهُ في ذلِك والمُصْلحُ لمالِه سواءٌ، ثمَّ المُصْلِحُ لمالِهِ لا يُمْنَعُ مِن حجَّةِ الإسْلامِ، فكذلِك هذا، ولكِن لا تُدْفَعُ النَّفقةُ إليْه؛ لأنَّه مَتى دُفِعَ إليْه ربَّما يُفْسِدُها ويُبَذِّرُها ويقولُ: ضاعَ مني، فأُعْطِيَ مرةً أُخرى ثُمَّ وثُمَّ حتَّى يأتي عَلى مالِه، ولكِن تُدْفَعُ إلى ثقةٍ يُريدُ الخُروجَ إلى مكَّةَ معَه، حتَّى يُنْفِقَ عليْه ما يَكْفيهِ في الطَّريقِ؛ لكِرَائِه ونفقتِه وهَدْيِه إنْ كانَ قرَنَ.

وهذا كما قالَ في زَكاةِ المالِ: إنَّه يجِبُ عَلى السَّفِيهِ، إلَّا أنَّ الحاكِمَ لا يُعطيهِ الزَّكاةَ حتَّى يُؤَدِّيَ بنفسِه؛ كَيْ لا يُفْسِدَ ذلِك فيقولُ: ضاعَ منِّي، فيَطْلُبُ آخرَ ثُمَّ وثُمَّ، حتَّى يأتيَ عَلى مالِه، ولكِن يُدْفَعُ إلى [١٤/٧و/م] أمينِه حتَّى يُعْطِيَ الفقراءَ بأمْرِه، فكذلِك هَذا.

[و][(٢)] إنْ أرادَ عُمرةً واحدة؛ لم يُمْنَعْ مِنها أيضًا؛ وذلِك لأنَّ العُلماءَ مُختلِفونَ في العُمرةِ، مِنهُم [٢٩/٣ظ] مَن يَقولُ بأنَّها فريضةٌ؛ لِقولِه تَعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، ومنهُم مَن يَقولُ بأنَّها تطوُّعٌ، فأوجَبْنا عليْه ذلِك احتياطًا؛ لأنَّه إن أدَّى عمرةً ليْستْ عليْه أَوْلَى أنْ يَتْرُكَ عمرةً عليْه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا؛ اِسْتِحْسَانًا لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي وُجُوبِهَا، بِخِلَافِ مَا زَادَ عَلَىٰ مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ الْحَجِّ وَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْقُرْآنِ؛ لِأَنَّهُ

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «مبْسوطه»: قالوا: ولا يوجَدُ في كُتبِ أصْحابِنا روايةٌ: أنَّ العُمرةَ تطَوُّعٌ عندَنا إلَّا في روايةِ هذا الكِتابِ ـ أي: كتاب الحَجْر ـ فإنَّه قالَ: وإنْ كنَّا نرىٰ العُمرةَ تطوُّعًا، وإنْ أرادَ أنْ يَقْرُنَ حجةً وعمرةً لم يُمْنَعْ مِن ذلِك؛ لأنَّه لَمَّا لم يُمْنَعْ مِنْ أنْ يُفْرِدَ بِالعُمرةِ في سفْرةٍ علىٰ حِدَةٍ، فلأَنْ لا يُمْنَعُ مِن إتْيانِها في سفَرِ الحجِّ والنفقةُ تَقِلُّ أَوْلَىٰ.

وإذا لَمْ يكُنْ مَمْنوعًا مِن القِرَانِ والمُتْعَةِ إذا قرَنَ أوْ تمَتَّعَ؛ كانَ عليْه الهَدْيُ؛ لأنَّ الهَدْيَ وجَبَ بسبَبِ المُتْعَةِ والقِرَانِ، إلَّا أنَّه لا يُدْفَعُ الهَدْيُ إليْه كَيْ لا يُتْلفَه ويقول: ضاعَ منِّي فأعْطوني آخرَ وثُمَّ وثُمَّ، إلىٰ أنْ يأْتِيَ علىٰ جميعِ مالِه، ولكِن يُدْفَع إلىٰ أمينٍ ثقةٍ يريدُ الخُروجَ إلىٰ مكَّةَ حتَّىٰ يَذْبحَ عنهُ بأمْرِه إذا جاءَ أوَانُ الذَّبحِ.

فإنْ أرادَ أنْ يسوقَ بدنةً لمتعتِه؛ فإنَّه لا يُمْنَعُ مِن ذلِك إن كانتِ الشَّاةُ تُجزئُه، وذلِك لأنَّ عَبْدَ اللهِ بنَ عُمَرَ رضي الله عنه يقولُ: «الهَدْيُ بَدَنَةٌ، وَإِنَّها بَقَرَةٌ أَوْ جَزُورٌ»[1].

وعندَنا: الشَّاةُ تُجزئُه، فالزِّيادةُ علىٰ قَدْرِ الشَّاةِ إلىٰ تَمامِ البَدَنةِ اخْتلَفوا في وُجوبِها، فمِنهُم مَن أوْجبَ ذلِك علىٰ القَارِنِ والمُتمتِّعِ، ومنهُم مَن لمْ يُوجِبْ، فأوْجَبْنا عليهِ ذلِك احتِياطًا كما أوجَبْنا العُمرةَ.

فإنْ قيلَ: أليْسَ أنَّه شُرِعَ لهَدْيِ المُتْعَةِ والقِرَانِ بدَلٌ وهُو الصَّومُ، فإنَّه تعالىٰ قالَ: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِۚ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ فِي ٱلۡحَجِّ وَسَبۡعَةٍ إِذَا رَجَعۡتُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وما كانَ حقًّا ماليًّا شُرِعَ له بَدَلٌ وهُو الصَّومُ؛ فإنَّ

(١) أخرجه: مالك في «الموطأ» [١/٣٨٦]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٥/٢٤]، عن عَبْد اللهِ بْن عُمَرَ رضي الله عنه به نحوه.

لَا يُمْنَعُ مِنْ أَفْرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الْخِلَافِ، إِذْ عِنْدَ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ ﵄ لَا يُجْزِئُهُ غَيْرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَوْ بَقَرَةٌ.

غاية البيان

السَّفِيهَ يُؤَدِّي ذلِك بِالصَّومِ لا بِالمالِ.

قُلنا: إنَّما يُؤَدِّي الواجبَ الماليَّ بالصَّومِ الَّذي شُرِعَ بدلًا عنهُ إذا كانَ الواجبُ وجَبَ بسببٍ مِن جهتِه، فأمَّا إذا أوجبَ عليْه بإيجابِ اللهِ تَعالىٰ؛ فهُو والمُصْلِحُ في ذلِك سواءٌ، وهَدْيُ المُتْعَةِ والقِرانِ وجَبَ بإيجابِ اللهِ تَعالىٰ؛ لأنَّه وجَبَ بسببِ الجمعِ بينَ الحَجَّةِ والعُمرةِ، والحَجَّةُ والعُمرةُ واجبتانِ بإيجابِ اللهِ تَعالىٰ، فيَكونُ هُو والمُصْلِحُ في ذلِك سواءً، والمُصْلِحُ إذا كانَ قادرًا علىٰ الهَدْيِ لا يُجزئُه الصَّومُ، فكذلِك هذا.

بخِلافِ كفَّارةِ الظِّهَارِ واليَمينِ؛ لأنَّها وجبتْ بسببٍ مِن جهتِه [٧/١٤ظ/م]، وهُو الظِّهَارُ واليَمينُ، لا بإيجابِ اللهِ تَعالىٰ، فلَوْ مكَّنَّاهُ مِن التكفيرِ بِالمالِ يُفْسِدُ مالَه، ولا يُفيدُ الحَجْرُ فائدتَه حينَئذٍ، فلِهذا قُلنا: يُكَفِّرُ بِالصَّومِ لا بِالمالِ.

فإنْ هو أحرَمَ بالحجِّ، أوْ قرَنَ حَجَّةً وعُمرةً ثمَّ ارْتكَبَ شيئًا مِن محْظوراتِ إحْرامِه، فإنْ قتَلَ صيدًا أوْ حلَقَ رأسَه وما أشبهَ ذلِك؛ فإنَّه يُنْظَرُ في ذلِك: فإنْ كانَ شيئًا شُرِعَ لَه بَدَلٌ مِن حيثُ الصَّومُ، كقَتْلِ الصَّيدِ [٣/٣٠و]، وحَلْقِ الرَّأسِ عَن أذًىٰ؛ فإنَّه لا يُكَفِّرُ بِالمالِ؛ لأنَّه لو مُكِّنَ مِن ذلِك ـ والكفَّارةُ وجبَتْ مِن جهتِه ـ يتوصَّلُ بذلِك إلىٰ إتْلافِ مالِه، حيثُ يرتَكِبُ هذا المحظورَ كلَّ يومٍ، وإنَّما يُكَفِّرُ بالصَّومِ كما في كفَّارةِ اليَمِينِ والظِّهَارِ.

وإنْ كانَ شيئًا لا بدلَ لَه مِن حيثُ الصَّومُ، كالتطَيُّبِ مُتعمِّدًا، أو الحلقِ متعمِّدًا، والجِمَاعِ بعدَ الوُقوفِ بِعَرفةَ؛ فإنَّه يتأخَّرُ إلىٰ أن يصيرَ مُصْلِحًا، وذلِك لأنَّ

. . . .

غاية البيان

السَّفِيهَ ـ وهُو مَحْجُورٌ عليْه عمَّا فيهِ إفسادُ مالِه ـ بمنزلةِ العبدِ. ثمَّ العبدُ إذا أحرَمَ بإذْنِ المولىٰ، ثمَّ ارتكَبَ شيئًا مِن محظوراتِ إحْرامِه؛ فإنْ كانَ شيئًا شُرِعَ له بَدَلٌ بالصَّومِ؛ فإنَّه يَصومُ، وإن لم يكُن لَه بَدَلٌ فإنَّه يتأخَّرُ إلىٰ أنْ يَعْتِقَ العبدُ، فكذلِك هذا.

وفي الجِمَاعِ بعدَ الوُقوفِ يلزمُه الجَزُورُ، ويتأخَّرُ ذلِك إلىٰ ما بعدَ الصَّلاحِ؛ لأنَّه وجَبَ بسببٍ مِن جهتِه وهُو جِمَاعُه، وهُو في ذلِك مضطرٌّ، ولا مدْخلَ لِلصَّوم، فيلزمُه ذلِك، لكِن يتأخَّرُ ذلِك إلىٰ ما بعْدَ الصَّلاحِ؛ لأنَّه لوْ أُطْلِقَ له ذلِك جامَعَ كلَّ يومٍ مرَّةً، فيتوصَّلُ بذلِك إلىٰ إفسادِ مالِه، فإنْ جامَعَ قبلَ الوُقوفِ بِعرفةَ؛ لمْ يُمْنَعْ منهُ نفقةُ المُضِيِّ في إحْرامِه، ولا نفقةُ العَوْدِ مِن عامٍ قابلٍ للقضاءِ؛ لأنَّه فرْضٌ عليْه كأصلِ حَجَّةِ الإسْلامِ، إلَّا أنَّه يُمْنَعُ منهُ الدَّمُ للكفَّارةِ، كأنَّه مُعْسِرٌ في حقِّ هذا الحُكْمِ.

ولوْ أنَّ هذا المَحْجُورَ عليْه قضَىٰ حَجَّهُ كلَّه إلَّا طوافَ الزِّيارةِ، ثُمَّ رجَعَ إلىٰ أهلِهِ، ولَمْ يطُفْ طوافَ الصدَرِ، فإنَّه يُطْلَقُ لَه نفقةُ الرُّجوعِ إلىٰ الطَّوافِ، ويصْنعُ فيها مثْلَ ما يصْنعُ في ابتِداءِ الحجِّ، ويُؤْمَرُ الَّذي يَلي النَّفقةَ عليْه أنْ يُنْفِقَ عليْه راجعًا حتَّىٰ يطوفَ البيتَ؛ لأنَّ الرُّجوعَ عليْه فرْضٌ لِلطَّوافِ.

ولوْ طافَ جُنُبًا ثمَّ رجَعَ إلىٰ أهْلِه لمْ يُطْلَقْ له نفقةُ الرُّجوعِ؛ لأنَّه قد فرَغَ مِن الحجِّ؛ وإنَّما بقِيَ عليْه بدَنةٌ لِطوافِ الزِّيارةِ جُنُبًا، وشاةٌ لتَرْكِ طوافِ الصدَرِ، فيُؤَدِّيها إذا صلحَ.

وإنْ أُحْصِرَ في حجَّةِ الإسْلامِ، ينبَغي لِلذي أعْطاهُ القاضي نفقتَه أنْ يَبْعَثَ بهَدْيٍ عنهُ حتَّىٰ يَحِلَّ؛ لأنَّه لم يقَعْ فيهِ باختِيارِه، فكانَ الرَّشيدُ والسَّفِيهُ فيهِ سواءً، والباقي يُعْلَمُ في «شروح الكافي».

فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَىٰ بِوَصَايَا فِي الْقُرَبِ وَأَبْوَابِ الخَيْرِ، جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّ نَظَرَه فِيهِ إِذْ هِيَ حَالَةُ انْقِطَاعِهِ عَنْ أَمْوَالِهِ وَالْوَصِيَّةُ تَخْلُفُ ثَنَاءً أَوْ ثَوَابًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فِي: «كِفَايَةُ الْمُنْتَهَىٰ».

غاية البيان

وإنَّما قَيَّدَ القُدُوريُّ بقولِه: «فإنْ [٧/١٥و/م] أرادَ حَجَّةَ الإسْلامِ لمْ يُمْنَعْ منْها»[1]؛ لأنَّه يُمْنَعُ مِن حَجَّةِ التَّطوُّعِ، أَلا ترىٰ إلىٰ ما قالَ محمَّدٌ في «الأصل»: «فإنْ أهَلَّ بحَجَّةٍ تطوُّعًا أو عُمرةٍ تطوُّعًا؛ لا ينبَغي لِلحاكمِ أنْ يُنْفِقَ عليْه حتَّىٰ يَقْضِي حَجّتَه»[2]؛ لأنَّ الحاكمَ لوْ أنفقَ عليْه في هذا أحرَمَ لكلِّ سَنَةٍ بحَجَّةٍ، وفي كلِّ شهرٍ بعمرةٍ، فيتوصَّلُ بذلِك إلىٰ إفْسادِ مالِه.

قولُه: (فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَىٰ بِوَصَايَا فِي القُرَبِ وَأَبْوَابِ الخَيْرِ، جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ)، هذا لفظُ القُدُوريِّ ﷺ في «مختصره»[3].

قيلَ: القُرْبةُ ما يُتقرَّبُ بِه إلىٰ اللهِ تَعالىٰ بواسطةٍ، كَبِناءِ المساجِدِ، والسِّقَايَةِ، والرِّبَاطِ ونحوِ ذلِك، وأبوابُ الخَيرِ عامٌّ يتناولُ القُرْبةَ وغيرَها، وهذا كالكَفَالَةِ معَ الضَّمَانِ.

يعْني: أنَّ الكَفَالَةَ خاصٌّ والضَّمَانُ [٣/٣٠ظ] عامٌّ، وذلِك لأنَّ السَّفِيهَ المُبَذِّرَ إنَّما مُنِعَ مِن مالِه علىٰ صحَّتِه علىٰ مذهبِهما؛ لئَلَّا يُبذِّرَ مالَه ولا يُتْلِفَ.

وأمَّا في حالةِ مرَضِ الموتِ؛ فالظاهرُ أنَّه لا يقْصِدُ بذلِكَ السَّفَهَ، بَل يقْصِدُ التقرُّبَ إلىٰ اللهِ تعالىٰ، فيصحُّ مِنَ الثُّلثِ لِزوالِ التُّهمةِ في تصرُّفِه، وقَد ذكَرْنا قبْلَ هذا عندَ قولِه: **(ثُمَّ لا يَتَأَتَّىٰ التَّفْرِيعُ عَلَىٰ قَوْلِهِ)**، أنَّ وَصايا الغُلامِ الَّذي قَد بلَغَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤٧٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].

قَالَ: وَلا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا، وَالفِسْقُ الأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ.

غاية البيان

مُفْسِدًا مِن التَّدْبِيرِ وغَيره باطلٌ قياسًا، ولكن يُستحْسَنُ أَنَّ ما وافَقَ الحقَّ مِنها وما تقرَّبَ بِه إِلى اللهِ تَعالى، وما يكونُ في غَيرِ وَجْهِ الفِسقِ جائزٌ، كما تَجوزُ وصيَّةُ غيرِه.

قولُه: (**قَالَ: وَلا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا، وَالفِسْقُ الأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ**)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ في «مختَصَره»[1].

اعلَمْ: أنَّ الإنسانَ إذا بلَغَ عاقِلًا مُصْلِحًا لمالِه؛ يُسَلَّمُ إليْه مالُه، وإنْ كانَ مُفْسِدًا في دينِه ولا يُحجَرُ عليْه[2].

وعندَ الشَّافِعيِّ ﷺ: إذا كانَ فاسقًا لا تُقْبَلُ شَهادتُه، لا يُدْفَعُ المالُ إليْه، ويُحْجَرُ عليْه[3].

وَجْهُ قولِه: أنَّ الفاسقَ مِن أسْفَهِ السُّفهاءِ، فلا يُؤْتَى المالُ إليْه كَالسَّفِيهِ، عمَلًا بظاهِرِ قولِه تَعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]. وبقولِه: تَعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. والفاسقُ غيرُ رَشِيدٍ، ولأنَّ الفاسقَ غَيرُ مؤثوقٍ بِه في حِفْظِ مالِه، فرُبَّما يتبعُ شهوتَه وهوَاهُ، فيُتْلِفُ مالَه، فَيحْجَرُ عليْهِ زجْرًا لَه، كالمُبَذِّرِ لمالِه عندَهُما.

ولَنا: قولُه تَعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٩٧].

(٢) ينظر: «التجريد» للقدوري [٦/٢٩٣٦]، «العناية شرح الهداية» [٩/٢٦٨]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٤٧]، «البناية شرح الهداية» [١١/١٠٧]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢/٧٥].

(٣) الأصح في مذهب الشافعي: هو عدم الحَجْر على الفاسق. ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٣٢]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٥/٧٥]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤/٤١٢].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ وَلِهَذَا لَمْ يُجْعَلْ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُ.

غاية البيان

وَجْهُ الاستِدْلالِ بذلِك: أنَّ اللهَ ذكَرَ الرُّشْدَ نكِرةً، والنَّكِرةُ في موضِعِ الإثباتِ تخُصُّ ولا تَعُمُّ، فيُرَادُ بِه رُشْدٌ واحدٌ، وقَد وُجِدَ ذلِك، وهُو الصَّلاحُ في المالِ، فَلا يُشْتَرطُ الصَّلاحُ في الدِّينِ والمالِ جَميعًا؛ لأنَّه يكونُ المُرادُ حينَئذٍ مِن الرُّشْدِ المُنكَّرِ في موضِعِ [٧/١٥ظ/م] الإثْباتِ: رُشْدَيْنِ، ولا يجوزُ ذلِك لعدَمِ دليلِ العُمومِ.

قالَ الزَّجَّاجُ في «تفسيرِه»: «معْنى: ﴿ءَانَسْتُم﴾ عَلِمتُم، ومعْنى الرُّشْد: الطَّريقةُ المُستقيمةُ الَّتي تَقِفونَ[1] معَها بأنَّهم يحْفظونَ أمْوالَهم»[2]. ولأنَّه مُكَلَّفٌ مُصْلِحٌ لمالِه، فلا يُحْجَرُ عليْه كالرَّشيدِ في دِينِه، ولا يلزَمُ العبد؛ لأنَّه لا مالَ لَه، ولا يلزَمُ المُبذِّر؛ لأنَّه ليسَ بمُصْلِحٍ لمالِه، ولأنَّه نوْعُ فِسْقٍ، فَلا يُمْنَعُ مِن تَسليمِ مالِه [إليْه][3] كالكُفرِ.

ولا حُجَّةَ للخَصْمِ في قولِه تَعالى: ﴿وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]. لأنَّه قالَ: ﴿أَمۡوَٰلَكُمُ﴾. ولَمْ يَقُلْ: أموالَهم، وهكذا روَى شيخُ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه ﵀ في «مبْسوطه» تفسيرَ ابنِ عبّاسٍ، فقالَ: «قالَ ابنُ عبّاسٍ ﵄: معْنى الآيةِ: أنْ يَقْسِمَ الرَّجُلُ مالَه بينَ ولَدِه وعِيَالِه، فيَصيرُ عيالًا عليْهِم وهُم عيالُه»، والإنسانُ مَنْهِيٌّ عَن مِثْلِ هذا».

وقولُه: «الفاسقُ غيرُ موثوقٍ به في حِفْظِ مالِه».

قُلنا: الفاسقُ حافظٌ لمالِه في الحالِ، وإنَّما يُتَوَهَّمُ منهُ زَوالُه في الثّاني؛ لشَهْوةٍ تعْتَرِضُ لَه، وقَد تعْرِضُ لَه وقَد لا تعْرِضُ لَه، ولا عبْرةَ لِلمؤْهومِ، وإنَّما العبرةُ للمُتَيَقَّنِ.

---

(١) عند الزجاج: «تَتَّقُونَ».

(٢) ينظر: «معاني القرآن وإعرابه» لأبي إسحاق الزجاج [٢/١٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَنَا: قَوْلُهُ تَعَالَىٰ: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] الآية، وَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ فَتَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطْلَقَةِ، وَلِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عِنْدَنَا؛ لِإِسْلَامِهِ، فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ. وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الغَفْلَةِ وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التِّجَارَاتِ وَلَا يَصْبِرَ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لِمَا فِي الْحَجْرِ مِنْ النَّظَرِ لَهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلِأَنَّ الفَاسِقَ [٣/٣١و] مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عِنْدَنَا؛ لِإِسْلَامِهِ، فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ)، أيْ: قرَّرْنا أنَّ الفاسقَ مِن أهلِ الوَلايَةِ في أوَّلِ كِتابِ النِّكَاحِ، فأشارَ بِه إلىٰ قولِه: (وَلَنَا: أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ، فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُحْرَمِ الوِلَايَةُ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِإِسْلَامِهِ؛ لا يُحْرَم علَىٰ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ، وَلِأَنَّهُ صَلُحَ مُقَلِّدًا، فَيَصْلُحُ مُقَلَّدًا، وَكَذَا شَاهِدًا).

قولُه: (وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه بِسَبَبِ الغَفْلَةِ)، ذكَرَه تفْريعًا علىٰ مسألةِ القُدُوريِّ رحمه الله.

يعْني: أنَّ القاضيَ يحْجُرُ أيضًا عندَ أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله مَن ليسَ بسفيهٍ، ولكنَّه سليمُ القَلبِ ليسَ لَه اهتداءٌ في التِّجاراتِ، ولا يصْبِرُ عَن الشِّرَاءِ والبَيْعِ، ويُغْبَنُ فيما باشَرَه، كما يُحْجَرُ السَّفِيهُ؛ لِمُشاركتِه إيَّاهُ في إتْلافِ المالِ نظَرًا لَه.

فَصْــلٌ
فِي حَدِّ البُلُوغِ

قَالَ: بُلُوغُ الغُلام بِالِاحْتِلامِ وَالإِحْبَالِ وَالإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيْضِ وَالِاحْتِلامِ وَالحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَا: إِذَا تَمَّ لِلغُلامِ وَالجَارِيَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً؛ فَقَدْ بَلَغَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي حَدِّ البُلُوغِ

لَمَّا كانَ الصِّغَرُ مِن جملةِ الأَسْبابِ المُوجبةِ للحَجْرِ: ناسَبَ ذِكْرُ البُلوغِ الَّذي ينتَهِي بِهِ الصِّغَرُ.

قولُه: (قَالَ: بُلُوغُ الغُلام بِالِاحْتِلامِ وَالإِحْبَالِ وَالإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيْضِ وَالِاحْتِلامِ وَالحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّىٰ يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: إِذَا تَمَّ لِلغُلامِ وَالجَارِيَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً؛ فَقَدْ بَلَغَا)[1]، أَيْ: قالَ

---

(١) قال الإمام برهان الأئمة البرهاني والإمام النسفي وصدر الشريعة: وبه يفتي، وقال الإمام أبو العباس أحمد بن علي البعلبكي في «شرحه»: وقولهما رواية عن أبي حنيفة، وعليه الفتوىٰ، وقال أبو الفضل الموصلي: وأدنىٰ مدة يصدق الغلام فيها لىٰ البلوغ اثنا عشر سنة، والجارية تسع سنين، وقيل غير ذلك، وهذا هو المختار. ينظر: «الفقه النافع» [١٣٣٨/٣، ١٣٣٩]، «بدائع الصنائع» [١٧٧/٦]، «تبيين الحقائق» [٢٠٣/٥]، «الاختيار لتعليل المختار» [٩٥/٢]، «العناية»=

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنْهُ فِي الْغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ: الْمُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعَ عَشْرَةَ سَنَةً وَيَتِمُّ لَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً فَلَا اخْتِلَافَ.

غاية البيان

القُدُوريُّ في «مختصره»[1].

قالَ الحاكمُ الشَّهيدُ ﷺ في باب العِدَّة مِن [١٦/٧و/م] «مختَصَر الكافي»: «ولا يجوزُ طلاقُ الصَّبيِّ حتَّىٰ يحتَلِمَ، أو يبلغَ أدنىٰ ما يكونُ مِن وَقْتِ الاحتِلامِ، وذلِك عندَنا: تسعَ عشرةَ سَنةً، فإذا بلَغَ ذلِك الوقتَ ولَم يحْتَلمْ فهُو بمنزلةِ الرَّجُلِ.

قالَ أبو الفضْلِ، وذكرَ هذِه المسألةَ في كتاب الوَكَالَة مِن روايةِ أَبي سُليْمانَ في موضعَيْنِ، فقالَ في أحدِهما: بلوغُ الغُلامِ: أنْ يكْملَ لَه تسعَ عشرةَ سَنَةً، وبلوغُ الجاريةِ: أنْ يكْملَ لها سبعَ عشرةَ سَنةً.

وقالَ في الموضعِ الآخَرِ: أنْ يطْعنَ في التّاسعَ عشَرَ، وتطْعَنَ الجاريةُ في السّابعَ عشَرَ، وهذا هوَ المشْهورُ في قولِه، ووجدتُ القولَ علىٰ هذا مُتَّفقًا في كتابِ الوَكَالَة مِن روايةِ أبي حفْصٍ.

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ ﷺ: وَقْتُه[2] في الغُلامِ والجاريةِ: خمسَ عشرةَ سَنةً، فإذا تمَّتْ جازَ طلاقُه وإنْ لمْ يحْتلِمْ»[3]. إلىٰ هُنا لفْظُ الحاكِمِ الشَّهيدِ أبي الفضْلِ ﷺ.

وذكَرَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار» في كتابِ السِّيَر: «وكانَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ ﷺ يذهَبُ في الغُلامِ إلىٰ قولِ أبي يوسُف، وفي الجاريةِ إلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ»[4].

= [٢٧٠/٩]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٤٤]، «الفتاوىٰ الهندية» [٧٦/٥، ٧٧]، «حاشية ابن عابدين» [١٦٣/٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [٧٢/٢].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].

(٢) وقع بالأصل: «وفيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٦٠].

(٤) ينظر: «شرح معاني الآثار» الطحاوي [٢١٨/٣].

وَقِيلَ: فِيهِ اِخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ ذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ حَتَّىٰ يَسْتَكْمِلَ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. أَمَّا الْعَلَامَةُ فَلِأَنَّ الْبُلُوغَ بِالْإِنْزَالِ حَقِيقَةً وَالْحَبَلُ وَالْأَحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ

وقالَ القُدُوريُّ رحمه الله في بابِ مَن أحقُّ بالإمامةِ في «شرْح مختصَر الكَرْخِيِّ»: «ورُوِيَ عَن محمَّدٍ أنَّه قالَ في «الرَّقَّة»[1]: في الغُلامِ خمسَ عشرةَ، وفي الجاريةِ سبعَ عشرَةَ».

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخسِيُّ رحمه الله في «شرْح الكافي»: «وعلىٰ قوْلِ أبي يوسُف ومحمَّدٍ والشَّافِعِيِّ رحمهم الله: في الجاريةِ والغُلامِ يتقدَّرُ بخمسَ عشرةَ سَنةً»[2].

ثمَّ [٣/٣١ظ] **الأصلُ في البُلوغِ**: الإنزالُ، بدلالةِ قولِه تَعالىٰ: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]. فظاهِرُ الآيةِ يَقتضي تعلُّقَ الحُكْمِ بِالاحتِلامِ، وكذلِك قولُه ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِم»[3]، فلَمَّا كانَ الحَبَلُ والإحْبالُ لا يكونُ إلَّا معَ الإنزالِ، جُعِلا علامةً علىٰ البلوغِ، وكذلِك الحيضُ لا يكونُ إلَّا ممَّن تحْبَلُ، وذلِك يكونُ بعدَ الإنزالِ، فأقلُّ المدَّةِ في حقِّ الغُلامِ: اثنتا[4] عشرةَ سَنةً، وفي حقِّ الجاريةِ تسعُ سنينَ.

وأمَّا الدّلالةُ علىٰ البلوغِ بالسِّنِّ: فالأصْلُ فيهِ: أنَّ الإنسانَ قد يتأخَّرُ احتلامُه وإنزالُه لعلَّةٍ، معَ عِلْمِنا أنَّه بالغٌ، فجعَلوا علامةَ ذلِك قدْرًا مِن السِّنِّ علىٰ حسبِ ما أدَّىٰ إليْه الاجتِهادُ.

وَجْهُ قولِهما: ما حدَّثَ الطَّحاوِيُّ رحمه الله في «شرْح الآثار» بإسْنادِه إلىٰ نَافِعٍ،

(١) ويقال أيضًا: الرَّقِّيَّاتُ، وهي مسائل مشهورة لمحمد بن الحسن الشيباني جمَعَها حين كان قاضيًا بالرَّقَّة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٦/٥٣].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «اثنتي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الْإِنْزَالِ، وَكَذَا الْحَيْضُ فِي أَوَانِ الْحَبَلِ، فَجَعَلَ [١٤٣/و] كُلَّ ذَلِكَ عَلَامَةَ الْبُلُوغِ، وَأَدْنَى الْمُدَّةِ لِذَلِكَ فِي حَقِّ الْغُلَامِ اِثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الْجَارِيَةِ تِسْعِ

غاية البيان

عَنِ ابْنِ عُمَرَ ﷺ قَالَ: «عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَومَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً. فَلَمْ يُجِزْنِي فِي المُقَاتَلَةِ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ الخَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ، [١٦/٧ظ/م] فَأَجَازَنِي فِي المُقَاتَلَةِ»[١].

والمعنى فيه: أنَّ الذَّكَرَ والأُنْثى لا يتأخَّرُ بلوغُهُما عنْ هذهِ المدَّةِ ظاهِرًا وغالبًا، والحُكْمُ يَنْبَنِي عَلى الظَّاهِرِ لا عَلى النَّادِرِ.

وَوجهُ قولِ أبي حَنيفَةَ ﷺ: ما رُوِيَ عنِ النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قالَ: **«أَيُّمَا صَبِيٍّ حَجَّ عَشْرَ حِجَجٍ، ثُمَّ بَلَغَ فَعَلَيْهِ حَجَّةُ الإِسْلام»**[٢].

بيانُه: أنَّ أدنى مدَّةٍ يُمْكِنُ أنْ يَحُجَّ الصَّبِيُّ فيها بنفسِه سبعُ سنينَ، أوْ ثمانِ سنينَ، فدَلَّ أنَّ البلوغَ يكونُ في ثمان عشرةَ سَنةً، أوْ تسعَ عشرةَ سَنةً؛ لأنَّه أثبتَ له عشرَ حِجَجٍ، ثمَّ البلوغَ.

أوْ نقولُ: صفةُ الصِّغَرِ فيهما معلومٌ بِيقينٍ، ولا يزولُ اليقينُ إلَّا بيقينٍ مثلِه، ولا يقينَ في موضعِ الاختِلافِ، ثمَّ أدنى مدَّةُ البلوغِ في الغُلام بِالعلامةِ ـ أعْني: بِعلامةِ الإنزالِ ـ اثْنتا[٣] عشرةَ سَنةً، ولمْ توجَدِ العلامةُ، فوجبَتِ الزيادةُ عَلى ذلِك، فَزِيدَ سبعِ سنينَ اعتِبارًا بأوَّلِ أمْرِه، على ما أشارَ إليْه رسولُ اللهِ ﷺ فقالَ: **«مُرُوهُمْ بِالصَّلاةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا»**[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات: باب بلوغ الصبيان وشهادتهم [رقم/٢٥٢١]، ومسلم في كتاب الإمارة: باب بيان سن البلوغ [رقم/١٨٦٨]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢١٢/٣]، من طريق: نافع، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ﷺ به.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «اثنى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع»، و«س».

(٤) أخرجه الدارقطني في «سننه» [٢٣١/١]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [٢٥٦/٤]، عن أنس ﷺ

سِنِينَ. وَأَمَّا السِّنُّ فَلَهُمْ الْعَادَةُ الْفَاشِيَةُ أَنَّ الْبُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَنْ هَذِهِ الْمُدَّةِ. وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وَأَشُدُّ الصَّبِيِّ ثَمَانِي عَشْرَةَ

غاية البيان

واختُلِفَ في تفسيرِ الأشُدِّ في قولِه تَعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فقالَ سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ﷺ: «ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً»، ذكَرَه الطَّحَاوِيُّ في «**شرْح الآثار**» عَن رَوْحِ بنِ الفَرَجِ، عَن يَحْيَىٰ بنِ عَبْدِ اللهِ بن بُكَيْرٍ، عَن عَبْدِ اللهِ بنِ لَهِيعَةَ، عَن عَطَاءِ بن دِينَارٍ، عَن سَعِيدِ بن جُبَيْرٍ ﷺ، قَالَ: «ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، وَمِثْلُهَا فِي سُورَةِ بَنِي إِسْرَائِيلَ»[(١)].

ولا حُجَّةَ لهُما في حديثِ ابنِ عُمَرَ ﷺ، أنَّه يحتملُ أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَدَّه لأنَّه لمْ يَقْوَ بعْدُ، ولمْ يبْلُغْ حَدَّ القتالِ، لا لأنَّه لمْ يبْلُغْ مبلَغَ الرِّجالِ، وإنَّما أجازَه وهُو ابنُ خمسَ عشرةَ سَنةً لِمَا رأىٰ مِن جَلَدِه وقُوَّتِه، لا لأنَّه بلَغَ مبلَغَ الرِّجالِ، ولِهذا لا يُجازُ الشيخُ الهَرِمُ لعدَمِ الجَلَدِ، والغلامُ [٣/٣٢ر] المُراهِقُ يُجازُ إذا كانَ مُقاتِلًا. كذا ذكَرَ القُدُوريُّ ﷺ في «**شرْحه**».

يدلُّ على هذا: ما حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «**شرْح الآثار**»: عَن أَحْمَدَ بنِ مَسْعُودٍ الخَيَّاطِ، عَن مُحَمَّدِ بنِ عِيسَىٰ الطَّبَّاعِ، عَن هُشَيْمٍ، عَن عَبْدِ الحَمِيدِ بنِ جَعْفَرٍ، عَن أَبِيهِ، عَن سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ: «أَنَّ أُمَّهُ كَانَتِ امْرَأَةً مِنْ بَنِي فَزَارَةَ، فَذَهَبَتْ بِهِ إِلَىٰ المَدِينَةِ وَهُوَ صَبِيٌّ، فَكَثُرَ خُطَّابُهَا، وَكَانَتِ امْرَأَةً جَمِيلَةً، فَجَعَلَتْ تَقُولُ: لا أَتَزَوَّجُ إِلَّا مَنْ يَكْفُلُ لِي بِابْنِي هَذَا، فَتَزَوَّجَهَا رَجُلٌ عَلَىٰ ذَلِكَ، فَلَمَّا فَرَضَ النَّبِيُّ ﷺ لِغِلْمَانِ

= بْنِ مَالِكٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**مُرُوهُمْ بِالصَّلاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِثَلاثَ عَشْرَةَ**».
قال الهيثمي: «رواه الطبراني وفيه داود بن المحبّر، ضعّفه أحمد والبخاري وجماعة ووثّقه ابن معين».
ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٢/٢٥]. وفي الباب شواهد عن جماعة من الصحابة بنحو لفظه هنا.

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/٢٢٠]، بهذا الإسناد به.

سَنَةً، هَكَذَا قَالَهُ اِبْنُ عَبَّاسٍ ﵄ وَتَابَعَهُ الْقُتَبِي، وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ، فَيُبْنَى الْحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْإِنَاثَ نَشْؤُهُنَّ وَإِدْرَاكُهُنَّ أَسْرَعُ فَنَقَصْنَا فِي

الأَنْصَارِ لَمْ يَفْرِضْ لِي كَأَنَّهُ اسْتَصْغَرَنِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، قَدْ فَرَضْتَ لِصَبِيٍّ أَنَا أَصْرَعُهُ، قَالَ: صَارِعْهُ، فَصَارَعْتُهُ، فَصَرَعْتُهُ، فَفَرَضَ لِي النَّبِيُّ ﷺ»[1].

«فلَمَّا أجازَ رَسُولُ [١٧/٧و/م] اللهِ ﷺ سَمُرَةَ بنَ جُنْدَبٍ لمَّا صَارَعَ الأَنْصَارِيَّ ـ لا لأَنَّه قد بلَغَ ـ احتملَ أَن يكونَ كذلِك أيضًا ما فَعَلَ بابنِ عُمَرَ، أجازَه[2] حينَ أجازَه لقُوَّتِه، لا لِبلوغِه، ورَدَّه حينَ رَدَّه لِضَعْفِه، لا لعدَمِ البلوغِ، فلَيسَ في هذا حُجَّةٌ؛ لأَنَّ أَبا حَنِيفَةَ ﵁ لا يُنْكِرُ الفرضَ لِلصِّبيانِ إِذا كانوا يَحتمِلُونَ القِتالَ، ويَحْضرُونَ الحُروبَ، وإنْ كانوا غيرَ بالِغينَ»[3]. كذا قالَ الطَّحَاوِيُّ في «**شرْح الآثار**».

ثمَّ قالَ: وقَد رُوِيَ عَن البَرَاءِ بنِ عَازِبٍ ﵁ ما كانَ مِن رَسولِ اللهِ ﷺ في ابن عُمَر خلافَ ما رُوِيَ عنِ ابنِ عُمَرَ ﵄، قالَ[4]: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خُزَيْمَةَ، حَدَّثَنَا يُوسُفُ بْنُ عَدِيٍّ، حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ إِدْرِيسَ، عَنْ مُطَرِّفٍ، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، عَنِ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ ﵁، قَالَ: «عَرَضَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَا وَابْنُ عُمَرَ يَوْمَ بَدْرٍ، فَاسْتَصْغَرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ، ثُمَّ أَجَازَنَا يَوْمَ أُحُدٍ»[5].

قالَ الطَّحَاوِيُّ ﵀: «فَفي هذا الحَديثِ أَنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ أجازَ ابنَ عُمَرَ يومَ

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢١٩/٣]، بهذا الإسناد به نحوه.
قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٢٠٩/١٢].

(٢) وقع بالأصل: «إجاة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٢١٩/٣].

(٤) أي: الطَّحَاوِيُّ ﵀.

(٥) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢١٩/٣]، بهذا الإسناد به نحوه.
قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٢١٢/١٢].

حَقِّهِنَّ سَنَةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا الْمِزَاجَ لَا مَحَالَةَ.

أُحدٍ، وهُو يومئذٍ ابنُ أربعَ عشرَةَ سَنةً، فخالَفَ ذلِك ما في حديثِ ابنِ عُمَرَ»(١).

ثمَّ لمَّا قُدِّرَ البلوغُ في الغَلامِ بالسِّنِّ بثماني عشرةَ سَنةً؛ نُقِصَ في الجاريةِ بسَنةٍ، فكانَ مدَّةُ بلوغِها سبعَ عشرةَ سَنةً؛ لأنَّ الأُنثى أسرعُ نَشأً، وإنَّما عُيِّنَتِ السَّنةُ الزَّائدةُ؛ لاشتِمالِها علَى الفُصولِ الأرْبعةِ الَّتي يُوافقُ واحدٌ مِنها المِزَاجَ لا محالةَ، فيتقوَّى مِزَاجُ(٢) الغُلامِ بذلِك.

وقالَ أصْحابُنا: إنَّ إنباتَ العَانَةِ لا يدلُّ علَى البلوغِ، خلافًا للشَّافِعيِّ رضي الله عنه(٣)؛ لأنَّه نباتُ شعْرٍ مِن بدَنِ الإنسانِ، فَلا يُسْتَدَلُّ بِه علَى البُلوغِ كاللِّحْيَةِ بلْ أَوْلَى؛ لأنَّه يُمْكِنُ أَن يتوصَّلَ باللِّحْيَةِ إلى معْرفةِ البُلوغِ مِن غَيرِ ارتِكابِ محْظورٍ بخِلافِ العَانَةِ، فإنَّه إمَّا أنْ يُنْظَرَ إليْها أوْ تُمَسَّ، فإذا لمْ تكُن اللِّحْيَةُ دليلَ البلوغِ؛ فالعانةُ أَوْلَى.

وما رُوِيَ عنْ عَطِيَّةَ القُرَظِيِّ قالَ: «عُرِضْتُ [٣٢/٣ظ] يَوْمَ بَنِي قُرَيْظَةَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: «أَبْصِرُوهُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَنْبَتَ؛ فَاقْتُلُوهُ»، فَنَظَرُوا إِلَيَّ، فَوَجَدُونِي مَا أَنْبَتُّ، فَجَعَلُونِي فِي السَّبْيِ»(٤)، لا حُجَّةَ فيهِ للخَصْمِ؛ لأنَّ أهلَ المغازي ذكَروا أنَّ

---

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٢١٩/٣].

(٢) وقع بالأصل: «مجاز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٤١/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٨/٤]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٤٠١/٤].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الحدود/ باب في الغلام يصيب الحد [رقم/٤٤٠٤]، والترمذي في كتاب السير عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في النزول على الحكم [رقم/١٥٨٤]، والنسائي في كتاب الطلاق/ باب متى يقع طلاق الصبي [رقم/٣٤٣٠]، وابن ماجه في كتاب الحدود/ باب من لا يجب عليه الحد [رقم/٢٥٤١]، من حديث عَطِيَّةَ القُرَظِيِّ رضي الله عنه به.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال ابن الملقن: «هذا الحديث صحيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦٧١/٦].

. . . .

سَعْدًا حكَمَ بذلِك فِيمَنْ أَنْبَتَ، وَرُوِيَ أنَّه أمَرَ بقَتْلِ مَنِ اخْضَرَّ مِئْزَرُهُ[1]، وهذا يَزِيدُ علَى الإنباتِ؛ لأنَّ اخْضِرَارَ الإزارِ يَكونُ بنباتِ الشَّعْرِ مِنَ السُّرَّةِ إلى العَانَةِ.

وَرُوِيَ: «أنَّه أمَرَ بقَتْلِ مَن جَرَتْ عليهِ المَوَاسِي[2]»[3]، وذكَرَ في «السِّيَر الكَبير»[4] في باب الحُكْمِ في أهلِ الحرْبِ إذا نزَلوا عليْه [١٧/٧ظ/م]، رُوِيَ عَن عُمَرَ رضي الله عنه: «أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أُمَرَاءِ الأَجْنَادِ: أَنِ اقْتُلُوا مَنْ جَرَتْ[5] عَلَيْهِ المَوَاسِي[6]»[7]، وهذا يقْتضي تكْرارَ الحَلْقِ بعدَ الإنباتِ، وهُو خلافُ ما يعْتبرُه الخَصْمُ.

قالَ في «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ» قُبَيْلَ باب سجْدةِ التِّلاوةِ: «وَرُوِيَ عَن أَبي يوسُف رحمه الله في غيرِ رِوايةِ الأُصولِ: أنَّه اعتبَرَ نباتَ العَانَةِ».

وأَمَّا نُهُودُ الثَّدْيِ: فلا يُحْكَمُ بِالبلوغِ بِهِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وقالَ بعضُهُم:

---

(١) أي: موضع إزاره. أي: عانته، والمِئْزَر - بكَسْر الميم - هو الإزار. ينظر: «نخب الأفكار» للعيني [٢٠٣/١٢]. وهو كناية عن إنبات الشعْر مِن السُّرَّة إلى العَانَة. ولَمْ نَقِف على هذه الرواية في المصادر التي بين أيدينا.

(٢) وقع بالأصل: «المواشي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) أخرجه: النسائي في «السنن الكبرى» في كتاب المناقب/ سعد بن معاذ سيد الأوس [رقم/٨٢٢٣]، البزار في «مسنده» [٣٠١/٣]، وعبد بن حميد في «مسنده/ المنتخب» [رقم/١٤٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢١٦/٣]، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه به.
قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٩٦/١٢].

(٤) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [١١٩/٢].

(٥) وقع بالأصل: «من حرب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٦) وقع بالأصل: «المواشي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٧) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [٢٤٠/٢]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٠٠٩٠]، وابن أبي شيبة [رقم/٣٣١١٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢١٧/٣]، عن عُمَر بْن الخَطَّاب رضي الله عنه به.
قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [٢٠٢/١٢].

وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ أَوِ الجَارِيَةُ الحُلُمَ، وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ فَقَالَ: قَدْ بَلَغْتُ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ البَالِغِينَ؛ لِأَنَّهُ مَعْنًى لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ

غاية البيان

يُحْكَمُ بِه.

وقالَ في «الكشَّاف»[1] في تفْسير سورةِ النّور: وعَن عليٍّ ﷺ: أنَّه كانَ يعتَبِرُ القامةَ ويُقَدِّرُه بخمسةِ أشبارٍ[2]، وبِه أخَذَ الفَرَزْدَقُ في قولِه[3]:

مَا زَالَ مُذْ عَقَدَتْ يَدَاهُ إِزَارَهُ ❊ وَسَمَا فَأَدْرَكَ خَمْسَةَ الأَشْبَارِ

قولُه: (وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ أَوِ الجَارِيَةُ الحُلُمَ، وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ فَقَالَ: قَدْ بَلَغْتُ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ البَالِغِينَ)، وهذِه مِن مسائِلِ مختَصَرِ القُدُوريِّ ﷺ[4]، وذلِك لأنَّ بُلوغَهُما يتَوَقَّفُ علىٰ إخْبارِهِما بِه، إذا لمْ توجَدْ علامةُ الإنزالِ ومبْلغ السِّنِّ؛ لأنَّه لا اطِّلاعَ لغَيرِهِما علىٰ بلوغِهِما، فإذا أخبَرا في زمانٍ لا يُكَذِّبُهُما الظاهرُ قُبِلَ قولُهما في ذلِك، كإقْرارِ المرْأةِ بِالحيضِ، فصارتْ أحْكامُهُما أحكامَ سائرِ البالغينَ.

قالَ في آخرِ كِتابِ الإِقْرَارِ مِن كتابِ «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «إذا أقَرَّ الصَّبِيُّ بالبلوغِ وقاسَمَ الوَصِيَّ، إنْ كانَ مراهقًا صحَّ الإِقْرَارُ والقسمةُ، ولا يُقْبَلُ قولُه: إنِّي لمْ أكُن بالغًا، وإنْ لمْ يكُنْ مُراهقًا، بأنْ كانَ مِثْلُهُ لا يحتَلِمُ عادةً؛ لا يصحُّ الإِقْرَارُ،

---

(١) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٣/٢٥٤].

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [١٤/٣٨١/ طبعة دار القبلة]، وابن المنذر في «الأوسط» [١٢/٣٦٩]، عن عَلِيّ بْن أَبِي طَالِبٍ ﷺ أنه قال: «إِذَا بَلَغَ الغُلَامُ خَمْسَةَ أَشْبَارٍ: اقْتُصَّ مِنْهُ، واقْتُصَّ له». لفظ ابن أبي شيبة.

(٣) في قصيدة طنَّانة يمْدح فيها بني المهلَّب. ينظر: «ديوانه» [ص/٢٦٧].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ تقدير القامة بخمسة أشبار.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٦].

جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخْبَرَا بِهِ وَلَمْ يُكَذِّبْهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَوْلُهما فيه، كما يُقبَلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي الْحَيْضِ.

ولا القِسمةُ.

فإِذَنْ تبيَّنَ بهذِهِ المسْألةِ: أنَّ قبْلَ اثنتَيْ عشرَةَ سَنةً لا يصحُّ الإِقْرارُ البتَّةَ، وبعد اثنتيْ عشرةَ أيضًا لا يصحُّ لا محالةَ، بلْ إنَّما يصحُّ بشَرْطِ ألَّا يكونَ بحالٍ لا يحتلِمُ مِثْلُه عادةً»، ونقَلَه عن قِسْمةِ «**فتاوىٰ الفضْلِيِّ**».

وقالَ الصدرُ الشَّهيدُ في «**الواقعات**» في بابِ القِسْمةِ بِعلامةِ الباءِ[1]: «صبيٌّ أقَرَّ أنَّه بالغٌ وقاسَمَ الوَصِيَّ، فإنْ كانَ مُراهقًا؛ جازَتْ قِسمتُه، ولمْ يُقْبَلْ قولُه: إنَّه غيرُ بالغٍ، فإنْ لمْ يكُن مُراهقًا ويُعْلَمُ أنَّ مِثْلَه لا يحتلِمُ؛ لَمْ تَجُزْ قِسْمتُه، ولا يُقْبَل قولُه: إنَّه بالغٌ؛ لأنَّ في الوجْهِ الأوَّلِ: الظَّاهرُ لا يُكذِّبُه، وفي الوجهِ الثَّاني: يُكذِّبُه».

وبهذِه المسْألةِ تبيَّنَ: أنَّ بعدَ اثنتَي عشرةَ سَنةً يُشْترَطُ شرْطٌ آخَرُ لصِحَّةِ الإِقْرارِ، وهُو ألَّا يكونَ [٣/٣٣و] بحالٍ لا يحتَلِمُ مِثْلُه.

يقالُ: غلامٌ مُراهقٌ؛ إذا قارَبَ الحُلُمَ، وشارَفَ أنْ يَرْهَقَه، أيْ: يَغْشاهُ.

والحُلُمُ: اسمٌ بِمَعْنىٰ الاحتِلامِ.

والله ﷻ أعلَمُ بِالصَّوابِ وإليْه المَرجِعُ والمآبُ.

---

(١) يعْنِي بـ: «علامة الباء»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوى الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «مسائل: أبي بكر محمَّد بن الفضل». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

بَابُ
الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀: لا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا وَجَبَتِ الدُّيُونُ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالحَجْرَ عَلَيْهِ؛ لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ فِي الْحَجْرِ إِهْدَارَ

غاية البيان

بَابُ
الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

أَخَّرَ الحَجْرَ بسبَبِ الدَّيْنِ معَ أَنَّ الاختِلافَ فيهِ كالاختِلافِ [٧/١٨و/م] بسبَبِ السَّفَهِ؛ لأنَّ فيهِ وصْفًا زائدًا، وهو توَقُّفُ الحَجْرِ علَى مطالبةِ الغَريمِ، بخِلافِ الحَجْرِ بسبَبِ السَّفَهِ، فإنَّه لا يتَوَقَّفُ علَى مُطالبةِ الحَجْرِ عندَ مَن يراهُ، والأصلُ عدَمُ الزِّيادةِ.

قولُه: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵁: لا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا وَجَبَتِ الدُّيُونُ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالحَجْرَ عَلَيْهِ؛ لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ)، هذا لَفْظُ القُدُوريِّ ﵀ في «مختصره».

وتمامُه فيهِ: «وإنْ كانَ لَه مالٌ لمْ يتصرَّفْ فيهِ الحاكِمُ، ولكِن يحبسُه أبدًا حتَّى يَبيعَه في دَيْنِه، فإن كانَ لَه دراهمُ ودَيْنُه دراهِم قضاها القاضي بغيرِ أمْرِه، فإنْ كانَ دَيْنُه دراهِمَ ولَه دنانيرُ؛ باعَها القاضي في دَيْنِه»[1].

وقالَ أبو يوسُف ومحمدٌ ﵄: إذا طلَبَ غرماءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عليْه حجَرَ

(١) قال في «التصحيح»: ورجحوا أدله الإمام في جميع مصنفات الاستدلال، وجعل الطحاوي على قولهما. ينظر: «الاختيار لتعليل المختار» [٩٢/٢]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٤٤]، «البناية» [١٤٦/١١]، «تكملة البحر الرائق» [١٥٠/٨]، «مجمع الضمانات» [٤٣٦/١]، «اللباب» [٧٣/٢].

أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَجُوزُ لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ. وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الحَاكِمُ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ حَجْرٍ، وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لَا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلاً بِالنَّصِّ وَلَكِنَّهُ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّىٰ يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ إِيفَاءً لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ وَدَفْعًا لِظُلْمِهِ.

غاية البيان

القاضي عليْه، ومنَعَه مِن البَيْعِ والتَّصرُّفِ والإقْرارِ، حتَّىٰ لا يُضِرَّ بالغُرَمَاءِ، وباعَ مالَه إنِ امتنَعَ المُفْلِسُ مِن بَيْعِه، وقسَمَه بينَ غُرمائِه بالحِصَصِ»[1]، إلىٰ هنا لَفْظ القُدُوريِّ.

اعلَمْ: أنَّ الحَجْرَ علىٰ المُفْلِسِ باطلٌ في قولِ أبي حَنيفَةَ ﵁، حتَّىٰ تَنفُذَ هِبتُه وصدقتُه وإقرارُه لغيرِه في مالِه، كما كانَ يَنْفُذُ قبْلَ الحَجْرِ.

وعلىٰ قولِ أبي يوسُف ومحمَّدٍ والشَّافِعِيِّ ﵃: يَنْفُذُ حَجْرُ القاضي عليْه، حتَّىٰ لا تصحّ هِبتُه وصدقتُه وإقرارُه لغَيرِه في مالِه، وقبْلَ الحَجْرِ يَنْفُذُ منهُ ذلِك، وقدِ استَوْفَيْنا بيانَ ذلِك في أوَّلِ بابِ الحَجْرِ للفسادِ.

ثمَّ اعْلمْ: أنَّ هذِه المسْألَةَ تشْتمِلُ علىٰ مسائِلَ:

منْها: أنَّ عندَ أبي حَنيفَةَ ﵁: لا يُحْجَرُ علىٰ المُفْلِسِ؛ لأنَّه معْنًىٰ لا يُؤثِّرُ في الشّهادةِ، فَلا يسْتَحقُّ بِه الحَجْرُ كالدَّيْنِ القَليلِ، ولأنَّه لمْ يسْتَفِدِ التَّصرُّفَ مِن جهَةِ الحاكِمِ، فلَمْ يَجُزْ لَه مَنْعُه كغَيرِ المُفْلِسِ.

وعندَهُما: يُحْجَرُ علىٰ المُفْلِسِ، وبِه قالَ الشَّافِعِيُّ ﵁ لِحديثِ مُعاذٍ ﵁، وقَد مَرَّ جوابُه في أوَّلِ بابِ الحَجْرِ للفسادِ.

ومنْها: أنَّ القاضي لا يَبيعُ عليْه مالَه، ولكِن يحبِسُه أبدًا حتَّىٰ يَبيعَه؛ لأنَّ ما لا يجوزُ بَيْعُه قبْلَ الامتِناعِ والحبْسِ لا يَجوزُ بعْدَه.

أصْلُه: ثيابُ بدنِه، ولأنَّ القاضي يحْبِسُ في الدُّيُونِ، وعَلىٰ هذا فِعْلُ الحكَّامِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].

وَقَالَا: إِذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ الْحَجْرِ عَلَيْهِ حَجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِنَ الْبَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ حَتَّىٰ لَا يَضُرَّ بِالْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ عَلَى السَّفِيهِ إِنَّمَا جَوَّزَاهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هَذَا الْحَجْرِ نَظَرٌ لِلْغُرَمَاءِ؛ ....

غاية البيان

في سائرِ الأعْصارِ مِن غيرِ نكيرٍ، فلوْ جازَ أنْ يَبِيعَ مالَ المُمْتَنِعِ منَ الأداءِ بِه؛ لَمْ يَجُزِ الحبسُ؛ لأنَّه يُؤَدِّي إلىٰ الإضْرارِ بِالغُرَمَاءِ والمَدْيُونِ.

أَمَّا الغُرَمَاءُ: فيُؤَخِّرُ حقَّهُم معَ إمْكانِ دَفْعِه إليْهِم.

وأَمَّا المَدْيُونُ: فلأنَّه يَقْدِرُ أنْ يَقْضِيَ دَيْنَه مِن غَيرِ حَبْسٍ، فَلا معْنىٰ للإضْرارِ بِه.

[٣/٣٣ظ] **وعندَهُما** [٧/١٨ظ/م]: يَبِيعُ القاضي مالَه، وهُو قولُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، لحَدِيثِ أُسَيْفِع جُهَيْنَةَ، وجوابُه أيضًا مَرَّ.

ومنْها: أنَّه إذا ثبَتَ مِن مذهَبِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه لا يحْجرُ عليْه، ولا يَبِيعُ مالَه؛ وجَبَ حبْسُه إلىٰ أنْ يَبِيعَ إيفاءً لحَقِّ الغُرَمَاءِ ودَفْعًا لظُلْمِه، إلَّا أن يكونَ دَيْنُه دراهِمَ ومالُه دراهمُ، فيُقْضَىٰ دَيْنُه بغيرِ أمْرِه؛ لأنَّ الغَرِيمَ إذا وجدَ جنسَ حقِّه؛ جازَ لَه أَخْذُهُ بغيرِ أمْرِ القاضي، فأوْلَىٰ أنْ يجوزَ لِلقاضي دَفْعُه إليْه.

أمَّا إذا كانَ مالُه دنانيرَ ودَيْنُه دراهِم: فالقِياسُ ألَّا يُقْضَىٰ منْها؛ لأنَّها غيرُ جنسِ حقِّه، فَلا يجوزُ أَخْذُها إلَّا بِرضاهُ كالعُروضِ، ولأنَّ في بَيْعِها حَجْرًا عليْه، وعندَه: لا يجوزُ الحَجْرُ عليْه.

والاستِحْسانُ: أَن يجوزَ؛ لأنَّ الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ قَد جُعِلا كجِنسٍ واحِدٍ في الشَّريعةِ، ولِهذا يُضَمُّ بعضُها إلىٰ بعضٍ في الزَّكاةِ، فصارَ كأنَّه وجدَ جنسَ حقِّه، وعلىٰ قولِهما: إذا حَجَرَ عليْه القاضي قامَ مقامَه في بَيْعِ مالِه وتفريقِه بينَ الغُرَمَاءِ بِالحِصَصِ[1]. كذا في «**شرْح الأقْطع**».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٢].

لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُمْ، وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا وَمَنْعَهُ مِنَ الْبَيْعِ أَنْ يَكُونَ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ، أَمَّا الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغُرَمَاءِ وَالْمَنْعُ لِحَقِّهِمْ فَلَا يُمْنَعُ.

قَالَ: وَبَاعَ مَالَهُ إِنْ امْتَنَعَ الْمُفْلِسُ مِنْ بَيْعِهِ وَقَسَّمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَن الْبَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دِينِهِ حَتَّى يُحْبَسُ لِأَجْلِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الْجُبِّ وَالْعِنَّةِ. قُلْنَا: التَّلْجِئَةُ مَوْهُومَةٌ، وَالْمُسْتَحَقُّ قَضَاءُ الدَّينِ، [١٤٣/ظ] وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الجُبِّ وَالعِنَّةِ.

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ)، أرادَ بِه أن يَبيعَ مالَه [بيعَ][1] تَلْجِئةٍ مِن عَظيمٍ لا يُمْكِنُ انتِزاعُه منهُ، أو يُقِرَّ بِه لَه.

قالَ المُطَرِّزِيُّ: «التَّلْجِئَةُ: أنْ يُلجئَك، أيْ: يَضطرَّكَ ويُكرِهُك آمِرٌ إِلى أنْ تأتِيَ أمرًا باطنُه خلافُ ظاهرِه»[2].

قولُه: (حَتَّى يُحْبَسُ لِأَجْلِهِ)، أيْ: لأجْلِ البَيْعِ، و(يُحْبَسُ) برَفْعِ السِّينِ؛ لأنَّ (حَتَّى) هُنا للحالِ لا للغايةِ، كقولِهم: مرِضَ حتّى لا يَرْجُونه.

قولُه: (وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ)، أيْ: لِقضاءِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ قضاءَه يُمْكِنُ بطريقٍ آخرَ مِنَ الِاسْتِقْرَاضِ، والاسْتِيهابِ، والسّؤالِ مِنَ النّاسِ، وإذا لم يتعَيَّنِ البَيْعُ لقضاءِ الدَّيْنِ، وامتنَعَ المُفْلِسُ مِن بَيْعِ مالِه لقضاءِ الدَّيْنِ؛ لم يَقُمِ القاضي مقامَه، (بِخِلافِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ)، فإنَّ التَّسريحَ بالإحْسانِ مُتَعَيِّنٌ؛ لعدَمِ الإمْساكِ بالمعْروفِ، فإذا لمْ يُسَرِّحْ نابَ القاضي مَنابَه في ذلِك، فكانَ لَه التَّفريقُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٢٤٢].

وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ، كَيْفَ وَلَوْ صَحَّ الْبَيْعُ كَانَ الْحَبْسُ إِضْرَارًا بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ الْمَدْيُونِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا.

قَالَ: **وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَرَاهِمُ قَضَى القَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ** وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الْأَخْذِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ.

وَإِنْ كَانَ دِينُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى ضِدِّ ذَلِكَ بَاعَهَا الْقَاضِي فِي دَيْنِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ اِسْتِحْسَانًا. وَالقِيَاسُ أَلَّا يَبِيعَهُ كَمَا فِي الْعُرُوضِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدِّينِ أَنْ يَأْخُذَهُ جَبْرًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالْمَالِيَّةِ مُخْتَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاخْتِلَافِ يُسْلَبُ عَنْ الدَّائِنِ وِلَايَةُ الْأَخْذِ عَمَلاً بِالشَّبَهَيْنِ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَتَعَلَّقُ بِصُورِهَا وَأَعْيَانِهَا، أَمَّا النُّقُودُ وَسَائِلُ **فَافْتَرَقَا**.

غاية البيان

قولُه: (وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ)، جوابٌ عَن قولِه: **(لِأَنَّ البَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دَيْنِهِ حَتَّى يُحْبَسُ لِأَجْلِهِ)**، أيْ: لأجْلِ البَيْعِ.

فأَجابَ عنهُ وقالَ: حبْسُ المَدْيُونِ ليسَ لأجْلِ البَيْعِ، حتَّى يقْضِيَ مِن ثمنِه دَيْنَه، بلِ الحبسُ لقضاءِ الدَّيْنِ كيفَ شاءَ، وكيفَ اختارَ المَدْيُونُ مِن الوجهِ الَّذي أرادَه، إمَّا بِبَيْعِ مالِه، وإمَّا بالاستقْراضِ، وإمَّا بالاسْتِيهابِ، وإمَّا بالسّؤالِ، فلمْ يَتَعَيَّنِ البَيْعُ إِذَنْ لقضاءِ الدَّيْنِ، فلَو جازَ بَيْعُ القاضي مالَه؛ لزِم الإضرارُ بالغُرَماءِ والمَدْيُونِ، وقَد مَرَّ [١٩/٧و/م] بيانُه آنفًا، ثمَّ إنَّما جازَ الحبْسُ لِقولِه ﷺ: **«لَيُّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ وعُقُوبتَه»**[1]: حَبْسُه[2]، وقَد مَرَّ ذلِك في أوائِلِ أدبِ القاضي.

قولُه: (فَافْتَرَقَا)، أيْ: حَصَلَ الفرقُ بينَ الدَّراهِمِ [٣٤/٣و] والدَّنانيرِ وبينَ

(١) مضَىٰ تخريجه.

(٢) هذا مِن تفسير بعضِ رُواة الحديث كسفيان الثوري ووكيع بن الجرّاح وغيرهما.

وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ، ثُمَّ العُرُوض، ثُمَّ العَقَارُ يَبْدَأُ بِالْأَيْسَرِ فَالْأَيْسَرِ لِمَا فِيهِ مِنْ الْمُسَارَعَةِ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّينِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ الْمَدْيُونِ وَيُنْزَلُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ، وَيُبَاعُ البَاقِي؛ لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً، وَقِيلَ: دَسْتَانِ، لِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَلْبَسٍ.

غاية البيان

العُروضِ، حيثُ جازَ بَيْعُ القاضي في الدَّيْنِ في الصّورةِ الأُولَىٰ دونَ الثّانيةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

قولُه: (وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ، ثُمَّ العُرُوض، ثُمَّ العَقَارُ)، ذكَرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُوريِّ رحمه الله، يعْني: أنَّ بَيْعَ القاضي مالَ المَدْيُونِ لمَّا جازَ عندَهُما؛ يَبِيعُ أوَّلًا النّقودَ، ثمَّ العُروضَ، ثمَّ العَقارَ مُراعاةً للجانبيْنِ: جانبِ الدّائنِ وجانبِ المَدْيُونِ؛ لأنَّ في ذلِك مسارعةً إلىٰ قضاءِ الدَّيْنِ وفيهِ نَظَرٌ لِلدَّائنِ، وتبقيةً لِمَا ليسَ بسريعِ الزَّوا وفيه نَظَرٌ لِلمَدْيُونِ.

قولُه: (وَيُنْزَلُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ، وَيُبَاعُ البَاقِي؛ لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً، وَقِيلَ: دَسْتَانِ)، ذكَرَه تفريعًا أيضًا.

قالَ في «الفتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «ثمَّ علىٰ قولِهما: إذا ملَكَ القاضي بَيْعَ مالِ المَدْيُونِ، فأيَّ قدْرٍ يَبِيعُ؟ المُخْتَارُ أنَّه يُبقِّي لَه دسْتَيْنِ مِن الثِّيابِ، حتَّىٰ إذا غُسِلَ أحدُهُما يَبْقَىٰ له الآخرُ»، ونقلَه عَن بابِ الحَجْرِ بسبَبِ الدَّيْنِ مِن «أدَب القاضي»[1].

ونقَلَ أيضًا مِن بابِ المُلازمةِ مِن «شرْح أدَب القاضي»: «إذا كانَ لِلمَدْيُونِ ثيابٌ حسنةٌ يُمْكِنُه الاكتفاءُ بِما دونَه؛ يَبِيعُ ويقْضِي الدَّيْنَ، ويَشتري بالباقي ثوبًا يكْفِيهِ».

وقالَ الصَّدرُ الشهيدُ في «شرْح أدَب القاضي»: «وقالَ بعضُهم: يتْرُكُ دَسْتًا مِن الثّيابِ ويَبِيعُ ما سِوىٰ ذلِك، وهُو مخْتارُ الشَّيخِ الإمامِ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيِّ رحمه الله.

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصّاف [٢/٣٨٠].

قَالَ: فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجْرِ بِإِقْرَارٍ؛ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا الْمَالِ حَقُّ الْأَوَّلِينَ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِمْ، بِخِلَافِ الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لَا مَرَدَّ لَهُ وَلَوْ اِسْتَفَادَ مَالاً آخَرَ بَعْدَ الْحَجْرِ نَفَذَ إِقْرَارُهُ فِيهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذَلِكَ الْمَالِ لِعَدَمِهِ وَقْتَ الْحَجْرِ.

غاية البيان

وقالَ بعضُهم: يترُكُ دَسْتَيْنِ، وهُو اختِيارُ شمسِ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيِّ رحمه الله»[1].

وقالَ في كِتابِ القضاءِ مِن «خُلاصة الفتاوىٰ»: «قالَ مشايخُنا رحمهم الله: يُباعُ ما لا يُحتاجُ إليهِ في الحالِ، حتَّىٰ قالوا: يُباعُ اللِّبَدُ[2] في الصَّيفِ، والنِّطْعُ[3] في الشِّتاءِ، ولوْ كانَ لَه كانونٌ مِن حديدٍ يُباعُ ويُتَّخذُ مِن الطِّينِ، وعَن شُرَيْحٍ: أنَّه باعَ عمامةَ المحْبوسِ. وعَن أبي يوسُف رحمه الله هكذا»[4]. [كذا][5] في «الخُلاصة».

والدَّسْتُ: لفظٌ فارسيٌّ استعْملَه فُقهاءُ بُخارَىٰ وسَمَرْقَنْد رحمهم الله في كُتُبِهم[6].

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجْرِ بِإِقْرَارٍ؛ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختَصَره»[7].

قالَ في «شرْح الأقْطع»: «هذا علىٰ قولِهما؛ لأنَّه معْطوفٌ في «الكتاب» علىٰ قولِهما»[8]. أرادَ بالكِتابِ: «مختَصَر القُدُوريِّ».

---

(١) ينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٢/٣٨٠ ـ ٣٨١].

(٢) اللِّبَدُ: ما يَتَلَبَّدُ من شَعَرٍ أو صُوفٍ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) النِّطْعُ ـ بالكسر، وبالفتح، وبالتحريك ـ: هو بِساطٌ من الأديم معروف. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٦٠].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٦) وهو من الثياب: ما يَلْبسه الإنسانُ ويكْفيه لتردُّده في حوائجه، والجمْعُ: دُسوت. مثل: فلْسٍ وفلوس. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/١٩٤/ مادة: دست].

(٧) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٦].

(٨) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٢].

قَالَ: وَيُنْفَقُ عَلَىٰ الْمُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ، وَعَلَىٰ زَوْجَتِهِ، وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ، وَذَوِي أَرْحَامِهِ؛ لِأَنَّ حَاجَتَهُ الْأَصْلِيَّةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ حَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِغَيْرِهِ فَلَا يُبْطِلُهُ الْحَجْرُ، وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ.

غاية البيان

والوجهُ في ذلِك: أنَّه مَحْجُورٌ عنِ التَّصرُّفِ لحَقِّ الغُرَمَاءِ؛ لتعلُّق حقِّهم بمالِه، فلَمْ يَنفُذْ إقرارُه في حقِّهم؛ لئَلَّا يلزَمَ إبْطالُ [١٩/٧ظ/م] حقِّهم بإقْرارِه لغَيرِهِم، كالمَريضِ معَ الغُرَمَاءِ، ولكنَّه صَحيحٌ في حقِّ نفسِه، فلأجْلِ هذا لزِمَه بعدَ قضاءِ الدُّيُونِ، فصارَ إقْرارُه بالدَّيْنِ في حالةِ الحَجْرِ للدَّيْنِ السّابقِ، كدَيْنِ الصِّحَّةِ ودَيْنِ المَرضِ إذا اجتمَعا، حيثُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصّحّةِ على دَيْنِ المرَضِ، كذا هذا.

بخِلاف ما إذا استهلكَ المَحْجُورُ عليْه بالدَّيْنِ قبلَ قضاءِ الدَّيْنِ مالَ إنسانٍ، حيثُ يلزمُه ضمانُه [٣٤/٣ظ] في الحالِ، ويكونُ الإنسانُ المُتْلَفُ عليْه مالُه أُسْوةً لسائِرِ الغُرَمَاءِ؛ لأنَّ الاستِهلاكَ أمْرٌ محسوسٌ مُشاهَدٌ، والثّابتُ بالحِسِّ والمُشاهدةِ لا يُمْكِنُ رَدُّه ودَفْعُه؛ لئَلَّا يلزَمَ قَلْبُ الحقائِقِ.

وليسَ كذلِك الإقْرارُ، فإنَّ سببَه محْتملٌ لِلوجودِ والعدَمِ، فَلا يُصَدَّقُ في حقِّ غيرِه للتُّهمةِ، ويُصَدَّقُ في حقِّ نفسِه لعدَمِ التُّهمةِ، وبخِلافِ ما إذا استفادَ مالًا آخرَ بعدَ الحَجْرِ، حيثُ يُنَفَّذُ إقرارُه في ذلِك المالِ؛ لأنَّ حقَّ الأوَّلِينَ لمْ يكُنْ لَه تعلُّقٌ بذلِك المالِ؛ لأنَّه لمْ يكُنْ وَقْتَ الحَجْرِ، والمانعُ مِنَ النَّفاذِ تعلُّقُ حقِّهم، وقدِ انْتفَى المانعُ فوَجَبَ النّفاذُ لوجودِ المقتَضِي لَه، وهوَ إقْرارُ الحُرِّ المُكلَّفِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُنْفَقُ عَلَىٰ الْمُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ، وَعَلَىٰ زَوْجَتِهِ، وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ، وَذَوِي أَرْحَامِهِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ في «مختَصَره»(١)، وذلِك لأنَّ المُفْلِسَ حجرَ عليْه عندَهما؛ لتعلُّقِ حقِّ الغَريمِ بِمالِه، وتعلُّقُ حقِّ غيرِه لا يَمْنَعُ النَّفقةَ عليْه؛ لأنَّ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٦].

قَالَ: فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ، وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ، وَهُوَ يَقُولُ: لا مَالَ لِي؛ حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ، كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَا

غاية البيان

الحاجةَ الأصليَّةَ مقدَّمةٌ علىٰ حقِّ الغَريمِ، وكذا لا يَمْنَعُ النَّفقةَ الواجبةَ عليْه، ولِزَوْجتِه وأوْلادِه الصِّغارِ وذَوي أرْحامِه كالمَريضِ مرَضَ الموْتِ: يتعلَّقُ حقُّ الغَريمِ بمالِه، ومعَ هذا لا يَمْنَعُ النَّفقةَ عليْه، ولا النفقةَ الواجبَةَ، ولأنَّ النَّفقةَ الواجبةَ لِهؤُلاءِ حقٌّ ثابتٌ لهؤلاءِ فلا يُبْطِلُه الحَجْرُ لأجْلِ غَيرِهم، أَلا تَرىٰ أنَّه لوْ تزوَّجَ امْرأةً كانَتْ بمقدارِ مِثْلِها أُسْوَةً لسائرِ الغُرَمَاءِ، ويَبْطُلُ الفضلُ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ، وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ، وَهُوَ يَقُولُ: لا مَالَ لِي؛ حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ، كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ).

قالَ صاحبُ «الهِداية» رحمه الله: (إِلَىٰ أَنْ قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لا مَالَ لَهُ)، يعْني: قالَ القُدُوريُّ: «فإنْ لمْ يُعْرَفْ للمُفْلِسِ مالٌ»[1]... إلىٰ أن قالَ القُدُوريُّ: «وكذلِك إنْ أقامَ بيِّنةً أنَّه لا مالَ لَه»[1]. وإنَّما طَرحَ بعضَ كلامِ القُدُوريِّ اعتِمادًا علىٰ ما ذكرَه في فَصْلِ الحَبْسِ مِن كِتابِ أدَبِ القاضي.

وتَرتيبُ لفظِ القُدُوريِّ: «فإن لمْ يُعْرَفْ لِلمُفْلِسِ مالٌ، وطلَبَ غُرماؤُه حبْسَه، وهُو يَقولُ: لا مالَ لِي؛ حبَسَه الحاكمُ [٢٠/٧و/م] في كلِّ دَيْنٍ لزمَه بدلًا عَن مالٍ حَصَلَ في يدِه، كثمَنِ المَبيعِ، وبدلِ القَرضِ، وفي كلِّ دَيْنٍ التزمَه بعَقْدٍ، كَالمَهْرِ والكَفَالَةِ، ولا يحبسُه فيما سِوىٰ ذلِك، كعِوَضِ المَغْصُوبِ، وأَرْشِ الجِناياتِ، إلَّا أن تقومَ بيِّنةٌ أنَّ لَه مالًا، وإذا حبَسَه الحاكِمُ شهريْنِ، أوْ ثلاثةً سأَلَ عَن حالِه، فإنْ لَم ينكشِفْ لَه مالٌ؛ خَلَّىٰ سبيلَه، وكذلِك إذا أقامَ البَيِّنَةَ أنَّه لا مالَ لَه»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ القُدُوريِّ في «مختَصره».

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

هَذَا الْفَصْلَ [١٤٤/و] بِوُجُوهِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي مِنْ هَذَا الْكِتَابِ فَلَا نُعِيدُهَا، إِلَىٰ أَنْ قَالَ: **وكذَلِكَ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ**: يَعْنِي خَلَّىٰ سَبِيْلَهُ لِوُجُوبِ النَّظِرَةِ إِلَىٰ الْمَيْسَرَةِ.

غاية البيان

وقَد مَرَّ البيانُ في شرحِنا هذا في فصْلِ الحبْس مِن كتابِ أدَب القاضي، ومَع هذا لا نُخَلِّي المكانَ خاليًا عنِ البيانِ فنقولُ: الأصلُ في الإنسانِ الفَقرُ، والغِنَىٰ عارِضٌ، فيجبُ استِصْحابُ الحالِ حتَّىٰ يُعْلَمَ حدوثُ ما يُخالفُه، فإذا ادَّعَىٰ الفقْرَ فقدِ ادَّعَىٰ الأصْلَ، فكانَ القولُ قولَه، ولمْ يُحْبَسْ حتَّىٰ يقيمَ خصْمُه البَيِّنَةَ علىٰ أنَّ لَه مالًا، وذلِك مثلُ الدَّيْنِ الَّذي وجَبَ عليهِ مِن قيمةِ مُتْلَفٍ أوْ أرْشِ جنايةٍ؛ لأنَّ الحبسَ عقوبةٌ شُرِعَتْ جزاءً علىٰ الظُّلم، فإذا لمْ يوجَدِ الدَّليلُ علىٰ الانتِقالِ عَنِ الفَقرِ؛ لمْ يكُنْ [٣/٣٥و] ظالمًا، فلمْ يسْتَحقَّ العُقوبةَ.

فأمَّا إذا كانَ الدَّيْنُ واجبًا عليْه مِن ثمَنِ المَبيعِ، أو بدَلِ القَرْضِ؛ فقَد وُجِدَ دليلُ الغِنَىٰ بمِلْكِ ذلِك، فإنِ امتنعَ عنِ الأداءِ حُبِسَ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه ظالمٌ، وكذلِك في كلِّ دَيْنٍ التزَمَه بعقْدٍ، كالمَهْرِ والكَفالَةِ يُحْبَسُ إذا امتنَعَ؛ لأنَّه ما التزَمَ ذلِك بالعقدِ إلَّا وهُو قادرٌ عليْه ظاهرًا، فكانَ ظالِمًا في الامتِناعِ عنِ الدَّفعِ، وهذِه روايةُ ابنِ شُجَاعٍ.

وعَلىٰ روايةِ الخَصَّافِ عَن أصْحابِنا: لا يُحْبَسُ فيما لزِمَه بِالعَقدِ، بَل يُحْبَسُ فيما كانَ بدلًا عَن مالٍ حَصَلَ في يدِه خاصَّةً؛ لأنَّ الحبسَ عُقوبةٌ تُسْتَحقُّ معَ الامتِناعِ بِالغِنَىٰ، ولمْ يوجَدِ الغِنَىٰ؛ لأنَّ العقدَ لا يُمْلَكُ بِه شيءٌ، فلمْ يَثْبُت انتقالُه مِن أصلِ الفقرِ، فلا يُحْبَسُ كما في الدَّيْنِ الواجِبِ بالجنايةِ.

قالَ: «ولا يحْبِسُه فيما سِوىٰ ذلِك، كعِوَضِ المَغْصُوبِ، وأَرْشِ الجِنَايَةِ، إلَّا أَن تَقومَ البَيِّنَةُ أنَّ له مالًا؛ لأنَّ دَليلَ الغِنَىٰ لم يوجَدْ لِعدَمِ مِلْكِ شيءٍ، فلمْ يكُن ظالِمًا، بخِلافِ ما إذا قامَت بينةٌ أنَّ لَه مالًا حيثُ يُحْبَسُ؛ لأنَّه ظالمٌ؛ لقولِه ﷺ: «مَطْلُ الغَنيِّ

. . . .

ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ»[١]. وفَسَّرَ سُفْيَانُ العقوبةَ: بالحَبْسِ[٢]».

قالَ: «وإذا حبَسَه الحاكِمُ شهريْنِ أوْ ثلاثةً، سألَ عَن حالِه، فإن لمْ ينكشِفْ لَه مالٌ خَلَّىٰ سبيلَه، وكذلِك إنْ أقامَ البَيِّنَةَ أنَّه لا مالَ لَه».

قالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدَب القاضي»: «قالَ أَبو حَنِيفَةَ وأبو يوسُف ومحمَّدٌ ﷺ: يحْبسُه شهْريْنِ [٧٠٢ظ/م] أو ثلاثةً، وعَلىٰ روايةِ محمَّدٍ: قدَّرَ فيهِ أرْبعةَ أشهُرٍ، وعَلىٰ روايةِ الحسَنِ: ستَّةَ أشهُرٍ». ثمَّ قالَ: «وهُو موْقوفٌ علىٰ رأيِ القاضي».

وقالَ في «شرْح الأقْطع»: «والتَّقديرُ في هذا غيرُ مُعتبرٍ، وهُو مردودٌ إلىٰ رأيِ القاضي، والمقصودُ بالحبْسِ: [إلىٰ][٣] أنْ يَضْجَرَ فيُظْهِرَ مالًا إنْ كانَ له مالٌ، وهَذا أمْرٌ يختلفُ باختِلافِ النّاسِ، فمنهُم مَن يُؤَثِّرُ فيهِ قليلُ الحبسِ، ومنهُم مَن لا يُؤَثِّرُ فيهِ الكثيرُ، فوقفَ علىٰ رأْيِ القاضي واجتهادِه فيهِ»[٤].

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ البَيِّنَةَ علىٰ الإعْسارِ بعدَ الحبسِ تُقْبلُ بالاتِّفاقِ، فيُطْلِقُه القاضي بعدَ ذلِك؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أمَّا إذا كانتِ البَيِّنَةُ علىٰ الإعسارِ والإفْلاسِ قبْلَ الحبسِ: فَفيهِ رِوايتانِ: في إحْدىٰ الروايَتَيْنِ: تُقْبَلُ، وبِه كانَ يُفْتِي الشَّيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ الفضلِ،

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) تفسير سفيان: أخرجه: الطبراني في «المعجم الكبير» [٣١٨/٧]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٥١/٦]، وتمام الرازي في «مسند المقلين» [ص/٣٧]. في ذَيْل حديث عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ، عَنْ أَبِيهِ ﷺ قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» قَالَ سُفْيَانُ: يُحِلُّ عِرْضَهُ: أَنْ يَشْكُوهُ، وَعُقُوبَتُهُ: حَبْسُهُ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٣].

وَلَوْ مَرِضَ فِيهِ يُبْقَىٰ فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجته، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ.

غاية البيان

وفي روايةٍ أُخرىٰ: لا تُقْبَلُ ما لمْ يُحْبَسْ، وعليْه عامَّةُ المشايخِ، وإليْه ذهبَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي»، وهوَ الأصحُّ. وباقي البَيانِ مَرَّ في فصْلِ الحَبسِ مِن كِتابِ أدَبِ القاضي.

وقالَ في مسائِلِ الحَبْسِ مِن كِتابِ: أدَبِ القاضي مِن «الفَتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «المَحْبوسُ إذا سألَ عنهُ القاضي بعدَما مضىٰ زمانٌ علىٰ ما عَلِمَ، فأُخْبِرَ أنه مُوسِرٌ: أبَدَ الحبسَ، وإنْ أُخبِرَ أنَّه مُعْسِرٌ خَلَّىٰ سبيلَه، وخبَرُ الواحِدِ العَدلِ الثِّقةِ يكْفِي. والاثْنانِ أحْوَطُ، ولا يُشْترَطُ لفظةُ الشَّهادةِ»، ونقَلَه عَن بابِ الحبْسِ مِن «كَفالَة شيْخ الإسْلامِ خُواهَرْ زَادَه رحمه الله».

[٣/٣٥ظ] ونقَلَ في «خُلاصة الفتاوىٰ» في كتابِ القَضاءِ عَن كَفالَة «الأصْل»[1]: «لا يُضْرَبُ المَدْيُونُ، ولا يُغَلُّ، ولا يُقَيَّدُ، ولا يُخَوَّفُ، ولا يُقامُ بينَ يَدَيْ صاحِبِ الحقِّ إهانةً لَه، ولا يُؤَاجَرُ، وفي «المنتقىٰ»: «يُقَيَّدُ المَدْيُونُ إذا خِيفَ الفرارُ، ولا يخْرُجُ المحْبوسُ لجمعةٍ، ولا عيدٍ، ولا حجٍّ، ولا صلاةِ الجنازةِ، ولا عيادةِ المَريضِ، ويُحْبَسُ في موضعٍ وَحْشٍ[2] لا يُبْسَطُ لَه فرشٌ، ولا يدْخُلُ عليهِ أحدٌ ليَسْتأنِسَ به»...». ذكرَه الإمامُ السَّرَخْسِيُّ رحمه الله[3].

قولُه: (وَلَوْ مَرِضَ فِيهِ يُبْقَىٰ فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُوريِّ رحمه الله.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٤٩٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) يقال: بَلَدٌ وَحْشٌ، يعني: قَفْرٌ لا ساكن به، ومكَانٌ وَحْشٌ: خالٍ، وكذلك أرْضٌ وَحْشَة. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٩/٢٢١/ مادة: كمل].

(٣) انتهىٰ النقل من «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٩٥].

وَالمُحْتَرِفُ فِيهِ لا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ لِيَضْجَرَ قَلْبُهُ فَيَنْبَعِثُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ مَوْضِعٌ يُمْكِنُهُ فِيهِ وَطْؤُهَا لَا يُمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءُ إِحْدَى الشَّهْوَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِقَضَاءِ الْأُخْرَى.

غاية البيان

قالَ في «**الواقِعات**» في بابِ أدَبِ القاضي بعلامةِ الواوِ[1]: «المحبوسُ في السِّجنِ إِذا مَرِضَ وليسَ لَه أحدٌ يُعاهِدُه؛ أُخْرِجَ مِن السِّجن بكفيلٍ؛ لأنَّه لوْ تُرِكَ كذلِك يُخافُ عليْه التَّلفُ، والمُسْتَحقُّ: الحبْسُ لا التَّلفُ».

وقالَ في «خُلاصة الفَتاوىٰ»: «هذا إذا كانَ الغالِبُ عليْه الهلاكَ [٢١/٧و/م]، وعَن أبي يوسُف ﷺ: أنَّه لا يُخْرِجُه، والهلاكُ في السِّجنِ وغيرِه سواءٌ، والفَتوىٰ علىٰ روايةِ محمَّدٍ ﷺ، وإنَّما يُطْلقُه بكفيلٍ، فإن لمْ يجِدِ الكفيلَ لا يُطْلقُه، فإنْ كَفَلَ رَجُلٌ وأطْلَقَه، فحَضْرةُ الخصْمِ ليسَتْ بشَرْطٍ، واللهُ أعْلمُ»[2]. كذا في «**الخُلاصة**».

قولُه: (وَالمُحْتَرِفُ فِيهِ لا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ). ذكرَه أيضًا تفْريعًا علىٰ مسألةِ القُدُوريِّ ﷺ.

قالَ في «الفَتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «المَدْيُونُ هَل يُمْنَعُ في الحبسِ مِن الاكتِسابِ؟ قالَ بعضُ المشايِخ ﷺ: لا؛ لأنَّ فيهِ نظرًا مِنَ الجانبيْنِ».

يعْني: جانبَ المَدْيُونِ؛ لأنَّه يُنْفِقُ علىٰ نفسِه و[على][3] عيالِه، وجانبَ ربِّ الدَّيْنِ، فإنَّه إذا فضَلَ منهُ شيءٌ يُصرَفُ ذلِك إليْه.

---

(١) يعْنِي بـ: «عَلامة الواو»: ما رمَزَ به حُسامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيِّ. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٢) انتهىٰ النقل من «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٩٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ، يُلازِمُونَهُ، وَلا يَمْنَعُونَهُ مِنَ البَيْعِ، وَالتَّصَرُّفِ، وَالسَّفَرِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ» أَرَادَ بِالْيَدِ الْمُلَازَمَةَ وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِي.

غاية البيان

وقالَ شمسُ الأئمَةِ السَّرَخسِيُّ: «يُمْنَعُ»، وهوَ الأصحُّ؛ لأنَّ المقْصودَ مِن الحبسِ: أنْ يَضْجَرَ، فيُسارعُ إلى قضاءِ الدَّيْنِ، ولوْ تُرِكَ يكْتَسِبُ لا يَضْجَرُ، لِمَا أنَّ الحبسَ يَصيرُ لَه كالحانوتِ، فَلا تحْصُلُ فائدةُ الحبسِ، بخِلافِ وَطْءِ امرأته أوْ جاريتِه، حيثُ لا يُمْنَعُ منهُ إذا كانَ ثَمَّةَ موضعٌ خالٍ؛ لأنَّ الوطءَ قضاءُ شهوةِ الفَرْجِ، فيُعْتَبَرُ بِشهوةِ البطْنِ، وهُو الأكلُ، فَلا يُمْنَعُ مِن الأكلِ، فَكذا لا يُمْنَعُ مِن الوطْءِ.

وقالَ في «خُلاصة الفَتاوى»: «ويتَنَوَّرُ ولا يخْرُجُ إلى الحمّام، أمّا لو احتاجَ إلى الجِمَاعِ تدخلُ عليْه امرأتُه أوْ جاريتُه، لكِن في موضعٍ لا يطّلعُ عليه، فإن لمْ يجدْ مكانًا لا يُجامِعُ.

وعَن أبي حَنِيفَةَ: أنّه يُمْنَعُ مِنَ الجِمَاعِ، بخِلافِ الأكلِ لِلضَّرورةِ»[١]. كذا في «الخُلاصة».

قولُه: (قَالَ: وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ، يُلازِمُونَهُ، وَلا يَمْنَعُونَهُ مِنَ البَيْعِ، وَالتَّصَرُّفِ، وَالسَّفَرِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختَصَره»، وتمامُه فيهِ: «ويأخُذونَ فضلَ كَسْبِه، يُقْسَمُ بينَهُم بالحِصَصِ[٢].

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ رحمهما الله: إذا فَلَّسَه الحاكمُ حالَ بينَه وبينَ الغُرَمَاءِ، إلَّا أنْ يُقيموا البَيِّنَةَ أنّه قَد حَصَلَ لَه مالٌ»[٣]. إلى هُنا لفظُ القُدُوريِّ.

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٥٩].

(٢) قال الخوارزمي: والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه. «الكفاية شرح الهداية» [٦٦/٧]، «الفتاوى البزازية على هامش الهندية» [٢٢٦/٥]، «مجمع البحرين» [ص٧٤١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٩٧].

. . . .

وهذا الَّذي ذكرَه متَّصلٌ بقولِه: «فإنْ لمْ ينكشِفْ [٣/٣٦و] لَه مالٌ خَلَّىٰ سبيلَه، وكذلِكَ إذا أقامَ البَيِّنَةَ أنَّه لا مالَ لَه»(١).

يعْني: أنَّ الحاكِمَ إذا أطلَقَه مِن الحَبسِ؛ لا يكونُ حائلًا بينَ المَدْيُونِ وبينَ غُرمائِه، ولا يَمنعُهُم مِن مُلازمتِه.

وتَفسيرُ المُلازمةِ: أن يدورَ معَه أَينما دارَ ولا يُفارقُه، ولا يُلازمُه في موضعٍ مُعَيَّنٍ؛ لأنَّه حبْسٌ(٢). كذا في «خُلاصةِ الفتاوىٰ».

وقالوا في نُسَخِ «أدَب القاضي»: «إذا خَلَّىٰ سبيلَه لا يَمْنَعُ القاضي مِن ملازمتِه علىٰ ظاهِرِ الرِّوايةِ».

وقالَ النَّاصِحِيُّ في «تهْذيب أدَب القاضي»: «قالَ ابنُ كَاسٍ في «أدَب القاضي»: قالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ رحمهما الله [٧/٢١ظ/م]: إذا صحَّ أنَّه مُعْسِرٌ فلا سبيلَ إلىٰ لُزومِه، وعلىٰ قولِ إسماعيلَ بنِ حمَّادٍ: ليسَ لِلمُدَّعِي أَن يُلازمَه، ولكِن يأخُذ كَفيلًا». ذكرَه شَمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رحمه الله في «شرْح أدب القاضي» لِلخَصَّافِ، وقَد بيَّنَّاه في فصْلِ الحبْسِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: قولُه ﷺ: «لِصَاحِبِ الحَقِّ: اليَدُ وَاللِّسَانُ»(٣).

فسَّروا اليدَ: بالمُلازمةِ، واللسانَ: بالتَّقاضي، ولأنَّه يتوصَّلُ بِالمُلازمةِ إلىٰ استيفاءِ حقِّه إذا ظهرَ لَه مالٌ؛ لأنَّه يأخُذُ فضْلَ كَسْبِه.

وَوجْهُ قولِهما: قولُه تَعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٦٠].

(٣) مضىٰ تخريجه.

وجوابُه: أنَّ ثمرةَ مدةِ النَّظِرةِ في المُطالبةِ، لا في المُلازمةِ. وعِندَ أبي حَنِيفة ﵀: لا يمنعه مَن يُلازِمُه، ويَطُوفُ معَه ليأخُذَ فضلَ كَسْبِه.

وصاحبُ «الهِدايةِ» ﵀ بَنَى الخلافَ هُنا على الخِلافِ في صحَّةِ القَضاءِ بالإفلاسِ وعدمِ صحَّتِه، فعِندَهُما: لَمَّا صحَّ ذلِك؛ تَثْبُتُ العُسْرةُ، فاسْتحقَّ النَّظِرةَ.

وعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: لَمَّا لمْ يصحَّ لمْ تَثْبُتِ العُسْرةُ، فلمْ يستحقَّ النَّظِرةَ؛ لأنَّ مالَ اللهِ تَعالى غادٍ ورائحٌ، ولأنَّ وقوفَ شُهودِ الإعسارِ لا يَثْبُتُ إلَّا بظاهِرِ الحالِ؛ إذْ لا وقوفَ لهُم علَى الحقيقةِ، والظاهرُ يَصْلُحُ لِلدَّفعِ لا للإبْطالِ، فتندفِعُ المُطالبةُ، ولا يبْطُلُ حقُّ المُلازمةِ.

قالَ صاحبُ «الهِدايةِ» ﵀: **(وَقَوْلُهُ ـ أيْ: قولُ القُدُوريِّ ـ: «إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ»[1] إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ بَيِّنَةَ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا؛ إِذِ الأَصْلُ هُوَ العُسْرَةُ)**.

---

(١) هذا لفظ المطبوع مِن «مختصر القُدُوري»، وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خَطِّيَّة مِن «المختصر»، منها: [ق ٧٣/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمَّد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق ٥٠/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق ٤٢/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق ٣٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].
وعلى هذا اللفظ: شَرَحَ: خُوَاهَرْ زَادَه في «شرح القُدورِيّ» [ق ٧٩/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وبهاءُ الدِّين الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرح مختصر القُدُورِيّ» [ق ٨٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)] والزاهديُّ في: «المجتَبَى في شرح القُدوريّ» [ق ١٤٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]. و«جامع المضمرات/ شرح القدوري» للكَادُورِي [١/ق ٢٢٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٨)]. وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيّ» [١/٢٤٧]، وصاحبُ: «اللباب في شرح الكتاب» [٢/٧٥]، و«خلاصة الدلائل/ شرح القُدُوريّ» لحسام الدين الرازي [١/٤١٢].

. . . .

وفي بعضِ نُسَخِ القُدُوريِّ: «إلىٰ أن يُقيموا البيِّنةَ»[1].

وَجْهُ الإشارةِ: أنَّ المَدْيُونَ لَمَّا أقامَ البيِّنَةَ أنَّه لا مالَ له؛ خَلَّىٰ سبيلَه القاضي، وحالَ بينَ المَدْيُونِ وبينَ الغُرَمَاءِ عِندَهُما، ثمَّ لَمَّا أقامَ الغُرَمَاءُ البيِّنَةَ أنَّه حَصَلَ له مالٌ لَمْ يَحُلْ بينَه وبينَهُم، فَعُلِمَ بذلِك رُجْحانُ بَيِّنَةِ اليَسارِ على بيِّنَةِ الإعْسارِ.

قالَ في كِتابِ القَضاء مِن «خلاصة الفتاوىٰ»: «فإنْ أقامَ المَدْيُونُ البيِّنَةَ علىٰ الإفْلاسِ، وأقامَ الطالبُ البيِّنَةَ علىٰ اليَسارِ، فبينةُ الطّالِبِ أَوْلَىٰ، ولا حاجةَ إلىٰ بيانِ ما يَثْبُتُ بِه اليَسارُ، وفي بَيِّنَةِ الإفْلاسِ لا يُشْتَرطُ حَضْرةُ المدَّعِي»[2].

وقالَ فيها أَيضًا: «ثمَّ في بَيِّنَةِ الإفْلاسِ ذكرَ الخَصَّافُ: ينبَغي أَن يَقولَ الشُّهودُ: إنَّه فَقيرٌ، لا نعلَمُ لَه مالًا، ولا عَرْضًا منَ العُروضِ، يخْرُجُ بذلِك [٣/٣٦ظ] عَن حالِ الفقرِ، وعَن أبي القاسِمِ الصَّفَّارِ رحمه الله[3]: ينبَغي أَن يَقولَ الشُّهودُ: نشْهَدُ أنَّه مُفْلِسٌ مُعْدِمٌ لا نعْلَمُ لَه مالًا سِوىٰ كِسْوتِه الَّتي عليْه وثيابِ لَيْلِه»[4].

وقالَ في «الخُلاصةِ» أَيضًا: «القاضي إذا أطلَقَ المحبوسَ بسبَبِ الإفْلاسِ [٧/٢٢و/م]، فادَّعىٰ عليْهِ رَجُلٌ مالًا، وادَّعَىٰ أنه مُوسِرٌ؛ لا يحبسُه القاضي حتَّىٰ يعْلَمَ غِناهُ»[4].

وقالَ فيها أيضًا: «ولهُ أَن يُلازمَه بنائبِه، أَوْ أجِيرِه، أَوْ غُلامِه»[4].

---

(١) لَمْ نظفَر بهذا اللفظ في شيءٍ مِن نُسَخ «مختصر القُدُوري» المطبوعة والمخطوطة التي بأيدينا، ولا في شُرُوحه التي طالعناها، وإنما وقَع في جميعها بلَفْظ: «ويسْتَظْهِر في أمْرِه». كما سيأتي. ثم ظَفِرنا به في: «شرح مختصر القُدُوريّ» لأبي نَصْر الأقْطَع [١/ق١٦٠/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)]. ولله الحمد.

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٥٩].

(٣) هو أبو القاسم أحمد بن حَمٍّ البلخي. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س». و«ن».

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٦٠].

قَالَ: وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ فِي الحِصَصِ ؛ لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ فِي القُوَّةِ وَقَالَا: إِذَا فَلَّسَهُ الحَاكِمُ حَالَ بَيْنَهُ وبَيْنَ الغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَة إِنَّ لَهُ مَالًا ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْإِفْلَاسِ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ فَتَثْبُتُ الْعُسْرَةُ وَيَسْتَحِقُّ النَّظِرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا يَتَحَقَّقُ الْقَضَاءُ بِالْإِفْلَاسِ، لِأَنَّ مَالَ اللهِ ﷻ غَادٍ وَرَائِحٍ، وَلِأَنَّ وُقُوفَ الشُّهُودِ عَلَى عَدَمِ الْمَالِ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا ظَاهِرًا فَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِإِبْطَالِ حَقِّ الْمُلَازِمَةَ. وَقَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ: إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْيَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، إِذْ الْأَصْلُ هُوَ الْعُسْرَةُ. وَقَوْلُهُ: فِي الْمُلَازِمَةِ لَا يَمْنَعُونَهُ مِنْ التَّصَرُّفِ، وَالسَّفَرُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ وَلَا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ ؛ لِأَنَّهُ حَبْسٌ وَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ.

وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ، بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَوْضِعُ خُلْوَةٍ.

غاية البيان

وقالَ في «الواقِعاتِ»: رَجُلٌ قُضِيَ عليْه بحقٍّ لإنسانٍ، فأمَرَ غُلامَه أَن يُلازِمَ الغَريمَ، فقالَ الغَريمُ: لا أجْلِسُ معَه، بلْ أجْلِسُ معَ المدَّعِي ؛ فلَه ذلِك ؛ لأنَّه رُبَّما لا يرْضى بالجُلوسِ معَ العَبيدِ، فيكونُ علَيْه في ذلِك زيادةُ ضررٍ».

قولُه: (يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ في الحِصَصِ)، أيْ: يأخُذُ كُلُّ واحدٍ مِن الغُرَمَاءِ بقَدْرِ حِصَّتِه مِن الدَّيْنِ منْ فَضْلِ كَسْبِ المَدْيُونِ.

قولُه: (فَلَّسَهُ الحَاكِمُ)، أيْ: حَكَمَ بإفْلاسِ المَدْيُونِ وإعْسارِه.

قولُه: (فِي مَوْضِعٍ)، أيْ: في موضعٍ مُعَيَّنٍ.

قالَ في «خُلاصة الفَتاوى»: «ليسَ لِلطَّالبِ أَنْ يُقيمَ اللُّزومَ في الشَّمسِ، أوْ علَى الثَّلجِ، أوْ في موضعٍ يُضِرُّ بِه»[1].

وَلَوِ اخْتَارَ المَطْلُوبُ الحَبْسَ، وَالطَّالِبُ المُلازَمَةَ؛ فَالخِيَارُ إِلَى الطَّالِبِ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُود؛ لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا عَلِمَ الْقَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالْمُلَازَمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَلَّا يُمَكِّنَهُ مِنْ دُخُولِهِ دَارَهُ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ لِحَاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ، بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ)، ذكرَه تفْريعًا على مسْألةِ القُدُوريِّ.

قالَ في «خُلاصةِ الفَتاوى»: «لا يُمْنَعُ مِنَ الدُّخولِ في بيتِه لغائطٍ أوْ غداءٍ، إلَّا إذا أعْطاهُ المدَّعِي، وأعدَّ موضعًا لِلغائِطِ»[١].

قولُه: (وَلَوِ اخْتَارَ المَطْلُوبُ الحَبْسَ، وَالطَّالِبُ المُلازَمَةَ؛ فَالخِيَارُ إِلَى الطَّالِبِ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُودِ؛ لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ)، أيْ: لاختيارِ الطّالبِ الأضْيقَ على المطْلوبِ، وهُو المَدْيُونُ.

يعْني: أنَّ المقْصودَ هُو قضاءُ الدَّيْنِ، فإذا أبى المَطلوبُ الملازمةَ؛ دَلَّ أنَّها أضْيقُ عليْه مِن الحبْسِ، فكانَ أكثرَ إفضاءً إلى قضاءِ الدَّيْنِ الَّذي هُو المقْصودُ بحصولِ الضجَرِ، والمُجالسةُ معَ مَن لا مُجانسةَ له أشقُّ على النَّفسِ مِن الحبسِ، ولِهذا قيلَ: أضيقُ السُّجونِ مُعاشرةُ الأضدادِ إلَّا إذا كانَ في المُلازمةِ ضررٌ ظاهِرٌ على المَدْيُونِ يَمْنَعُه عَن دخولِه في بيتِه ونحوِه؛ فحينَئذٍ يحْبِسُه دفعًا للضَّررِ عَنِ المَدْيُونِ.

وقالَ في «الواقِعات»: «إذا قالَ المطْلوبُ: احبِسْني، وقالَ الطَّالبُ: بلْ أُلازِمُكَ؛ فَلا يُحْبَسُ، والخيارُ في ذلِكَ إلى الطَّالبِ؛ لأنَّ [الحبْسَ][١] حقُّ الطَّالبِ[٢] وقَد ترَكَ حقَّه بِما هُو دونَه، وهُو الملازمةُ، فهُو بقولِه: احْبِسْني مُتعَنِّتٌ، فَلا يُسْمَعُ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «المطالبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ، لا يُلازِمُها؛ لما فيها من الخلْوةِ بالأَجْنَبِيَّةِ [١٤٤/ط] وَلَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلازِمُهَا.

قَالَ: وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ، ابْتَاعَهُ مِنْهُ، فصاحبُ المتاعِ أُسْوَةٌ لِلغُرَمَاءِ فِيهِ ....

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ، لا يُلازِمُها؛ لِما فِيها مِن الخلْوةِ بِالأَجْنَبِيَّةِ)، ذكرَه تفريعًا أيضًا، والخَلْوةُ بِها حرامٌ، أَلا ترىٰ إِلىٰ ما رُوِيَ عَن عُمر ﷺ: «لا يَدْخُلَنَّ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ، وَإِنَّ قِيلَ: حَمُوهَا، أَلا حَمُوهَا المَوْتُ»[(١)].

قالَ في «الفائِق»: «الأَحْمَاءُ: أَقْرِباءُ الزَّوجِ، كالأبِ، والأخِ، والعَمِّ وغيرِهِم، الواحدُ: حَمٌ في غَيرِ الإضافةِ، وإذا أُضِيفَ قيلَ: هذا حَمُوها، ورأيْتُ حَمَاها [٣٧/٣ر]، ومررْتُ بحَمِيها، وهوَ مِن أحدِ الأسْماءِ السِّتَّةِ الَّتي إعرابُها [٢٢/٧ظ/م] بالحُروفِ مُضافةً»[(٢)].

قالَ في «خُلاصة الفتاوىٰ» في ملازمةِ المرْأةِ: «يأمرُ امرأةً حتّىٰ تُلازمَها، فإنْ لمْ يجِدِ امرأةً، إنْ شاءَ جعَلَها معَ امرأةٍ في بيتٍ وهوَ عَلىٰ بابِها، أوِ المرْأةُ في بيْتِ نفسِها وهُو عَلىٰ بابِها». ونقلَه عن «المُنتقَىٰ»[(٣)].

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ، ابْتَاعَهُ مِنْهُ، فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةٌ لِلغُرَمَاءِ فِيهِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختَصَره»[(٤)].

قالَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالمُ في «طَريقة الخِلاف»: «إذا أفلسَ المُشْتَرِي قبْلَ

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/١٧٦٥٦]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٢٥٣٩]، عن عُمر ﷺ به.

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣١٨/١].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٦٠].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٩٧].

. . . .

قَبْضِ المَبِيعِ، أوْ ماتَ مُفْلسًا؛ لا يَثْبُتُ لِلبائعِ حقُّ الفسْخِ، بلْ يُباعُ المَبيعُ، ويُقسَمُ بينَ الغُرَمَاءِ بِالحِصَصِ، وقالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ للبائِعِ حقُّ الفسْخِ»(١).

وقالَ في «شَرْحِ الأقْطعِ»: «وقالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: إذا أفْلسَ المُشْترِي، وسألَ الغُرَمَاءُ الحاكمَ الحَجْرَ عليْه؛ حَجَرَ عليْه، وكانَ لِلبائِعِ بعدَ الحَجْرِ الخيارُ: إنْ شاءَ كانَ لَه أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ العقدَ وكانَ أَوْلَى بالمَبِيعِ، ولا خيارَ لَه قبْلَ الفَلَسِ(٢)»(٣).

وقالَ في كتابِ «التفْرِيع» لأصْحابِ مالِكٍ: «ومَن باعَ مِن رَجُلٍ سلعةً، ثمَّ أفلسَ مُشْترِيها قبْلَ أنْ يَقْبِضَ البائعُ ثمنَها، فوجَدَها البائعُ عندَه؛ فهُو بالخيارِ: إن شاءَ أخَذَها بالثَّمنِ الَّذي باعَها بِه، وإنْ شاءَ ترَكَها وحاصَّ الغُرَمَاءَ بقيمتِها»(٤).

وقالَ في «مختَصَرِ الخِرقي» علَى مذهبِ أَحمدَ بنِ حنبلٍ: «وإذا فَلَّسَ الحاكمُ رَجُلًا، فأصابَ أحدُ الغُرَمَاءِ عيْنَ مالِه؛ فهُو أحقُّ بِه، إلَّا أنْ يشاءَ تَرْكَه، ويكونُ لَه أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ»(٥). ومذهبُ إسْحاقَ كمذْهبِ أحْمدَ. كَذا ذكَرَ التِّرْمِذِيُّ ﵀ في «جامِعه»(٦).

والأُسْوَةُ: اسمٌ مِن ائْتَسَى بِه؛ إذا اقْتدَى بِه واتبعَه، ويُقالُ: آسَيْتُهُ بِمالي. أيْ:

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٣٦].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٦٨/٦]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١١٦/٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٨٤].

(٤) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢٦٠/٢].

(٥) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/٧٢].

(٦) ينظر: «جامع الترمذي» [٥٦٢/٣].

. . . .

جَعَلْتُهُ أُسْوَةً أَقْتَدِي بِه وَيَقْتَدِي هُو بِي. كذا ذكَر في «**المغْرب**»[(١)].

وَجْهُ قولِهِم: ما رَوَىٰ مالكٌ ﷺ في «**الموطَّأ**»: عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ، فَأَدْرَكَ رَجُلٌ مَالَهُ بِعَيْنِهِ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**»[(٢)].

وجوابُه: أنَّ في الحَديثِ: «**فَأَصَابَ عَيْنَ مَالِهِ**»[(٣)]، والسِّلعةُ في يَدِ المُشْتَرِي لَيستْ عينَ مالِ البائعِ، وإنَّما كانَتْ مالَ البائعِ، وإنَّما أُرِيدَ هذا في الغُصُوبِ، وَالعَوَارِيِّ، والودائِعِ وما أشبَهَ ذلِك. كذا أَجابَ الطَّحَاوِيُّ في «**شرْح الآثار**»[(٤)].

قالَ[(٥)]: وذلِك لِمَا جاءَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ في حديثِ سَمُرَةَ، فَإِنَّهُ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَمْرٍو، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنْ حَجَّاجٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ[(٦)] زَيْدِ بْنِ عُقْبَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ [٢٣/٧و/م] سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَنْ سُرِقَ لَهُ مَتَاعٌ، أَوْ ضَاعَ [لَهُ]**[(٧)] **مَتَاعٌ، فَوَجَدَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ؛ فَهُوَ أَحَقُّ** [٣٧/٣ظ] **بِهِ**،

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٣٩/١].

(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٦٧٨/٢]، والبخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس/ باب إذا وجد ماله عند مُفْلسٍ في البيع والقَرْض والوديعة فهو أحق به [رقم/٢٢٧٢]، ومسلم في كتاب المساقاة/ باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه [رقم/١٥٥٩]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.

(٣) **هذا اللفظ**: رواية لأحمد في «المسند» [٢٢٨/٢]، وأبي يعلى في «مسنده» [٣٥٦/١١]، وغيرهما.

(٤) **ينظر**: «شرح معاني الآثار» الطحاوي [١٦٤/٤].

(٥) أي: الطَّحَاوِيُّ ﷺ.

(٦) وقع بالأصل: «عن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح معاني الآثار».

(٧) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع=

وَيَرجِعُ المُشْتَرِي عَلَىٰ البَائِعِ بِالثَّمَنِ»[١].

وقالَ الطَّحَاوِيُّ ﷺ أيضًا: «حَدَّثَنَا يُونُسُ، أَخبَرَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ بْنُ يَزِيدَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، أَخْبَرَنِي أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَىٰ بِالسِّلْعَةِ يَبْتَاعُهَا الرَّجُلُ، فَيُفْلِسُ وَهِيَ عِنْدَهُ بِعَيْنِهَا، لَمْ يَقْبِضْ صَاحِبُهَا مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا؛ فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ ﷺ: فَقَضَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ: أَنَّ مَنْ تُوُفِّيَ وَعِنْدَهُ سِلْعَةُ رَجُلٍ بِعَيْنِهَا لَمْ يَقْبِضْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا؛ فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ»[٢].

وقالَ الطَّحَاوِيُّ ﷺ أيضًا في «شرْح الآثار»: «وأمَّا وَجْهُ ذلِك مِن طَرِيقِ النَّظرِ: فإنَّا رأيْنا أنَّ الرَّجُلَ إذا باعَ مِن رَجُلٍ شيئًا؛ كانَ لَه أَن يحبسَه حتَّىٰ ينْقُدَه الثَّمنَ، وإن ماتَ المُشْتَرِي أوْ أفلَسَ؛ كانَ البائِعُ أَوْلَىٰ بِه مِن سائِرِ الغُرَمَاءِ، وإذا قبضَ السلعةَ مِن البائِعِ بأمْرِه قبْلَ أن يَنقُدَ الثمنَ ثمَّ ماتَ؛ فقَد أجْمَعوا علىٰ أنَّ البائعَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ [بدَيْنِه][٣].

فالقِياسُ: أن يكونَ إذا أفلسَ المُشْتَرِي كذلِك أنْ يكونَ أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ، ولا يكونُ لَه جَميعُ السِّلعةِ[٤].

= في: «شرح معاني الآثار».

(١) أخرجه: ابن ماجه فيكتاب الأحكام/ باب من سرق له شيء فوجده في يد رجل اشتراه [رقم/٢٣٣١]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٢٧٧٨]، وأحمد في «المسند» [١٣/٥]، والدارقطني في «سننه» [٢٩/٣]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٦٥/٤]، من طريق حَجَّاجٍ بإسناده إلى سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ ﷺ به.
قال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف». ينظر: «مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه» للبوصيري [٦٢/٣].

(٢) أخرجه: الطحاوي في «شرح معني الآثار» [١٦٥/٤]، بهذه الإسناد به نحوه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «الفقه النافع» [١٣٤٢/٣]، «تبيين الحقائق» [٢٠١/٥، ٢٠٢]، «الجوهرة النيرة»=

. . . .

وحجَّةٌ أخرىٰ: أنَّا رأيْناهُ إذا لمْ يقبضِ المُشْتَري، وقَد بقِيَ لِلبائِع كلُّ الثَّمنِ، أوْ نقَدَه بعضَ الثَّمنِ، ثمَّ ماتَ أوْ أفلَسَ المُشْتَري؛ أنَّ البائعَ أوْلَىٰ حتَّىٰ يَسْتَوْفِي جَميعَ ثمنِه، وأجْمَعوا أنَّ المُشْتَرِيَ لوْ قبضَ العبدَ ونَقَدَ بعضَ الثَّمنِ ثمَّ ماتَ، أوْ أفلسَ؛ أنَّ البائعَ لا سبيلَ لَه عَلىٰ السِّلعةِ ببقيَّةِ الثَّمنِ الَّذي لَه عليْه، بلِ المُشْتَرِي أَوْلَىٰ، وتَحاصَّ الغُرَمَاءُ.

فوَجَبَ في القياسِ: أَن يكونَ كذلِك إذا كانَ بقِيَ جَميعُ الثَّمنِ ولمْ ينقُدْه شيئًا؛ لأنَّه لا فرْقَ بينَهُما قبْل القبضِ بينَ جَميعِ الثَّمنِ وبعضِ الثَّمنِ إذا لمْ يقبضْه؛ أنَّ البائعَ أَوْلَىٰ بالسِّلعةِ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ جَميعَ ثمنِه، فوَجَبَ أَن يكونَ حُكْمُ جَميعِ الثَّمنِ وبعضِ الثَّمنِ سواءً بعدَ القبضِ»(١). كذا ذكَرَ الشيخُ أبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﵀ في كتابِ القَضاءِ والشَّهاداتِ مِن «شرْح الآثار».

ورَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلىٰ إبْرَاهِيمَ النَّخعِيِّ والحَسَنِ قالا: «إنَّ البَائِعَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ»(٢).

والمعْقولُ(٣) في المسْألةِ: أنَّ البائِعَ يقْطَعُ حقَّه عنِ المَبِيعِ مِن كلِّ وَجْهٍ، ولِهذا يَحِلُّ لِلمُشْتَرِي وَطْءُ الجاريةِ، ويَنْفُذُ فيها إعتاقُها، إلَّا أنَّه تعلَّقَ حقُّ البائعِ بالمَبِيعِ بعدَ الإفْلاسِ، ومِثْلُ هذا [التَّعلُّقِ](٤) بِه ثبتَ لسائرِ الغُرَمَاءِ أيضًا، فلا يكونُ البائعُ أخصَّ بِه، ولأنَّه إفلاسٌ مِن جِهةِ المُشْتَرِي بالثَّمنِ، فَلا يكونُ سببًا لثُبوتِ الفسْخِ

= [٣١٩/١]، «نتائج الأفكار» [٢٧٨/٩، ٢٧٩]، «الفتاوىٰ الهندية» [٨٠/٥]، «اللباب» [٢٣٦/١].

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» الطحاوي [١٦٦/٤].

(٢) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٦٧/٤]، من طريقين عنهما به نحوه.

(٣) وقع بالأصل: «والمنقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

غاية البيان

لِلبائعِ كما قبلَ الحُكْمِ بالفَلَسِ.

أوْ نقولُ: عينٌ لا يجوزُ الرُّجوعُ فيها قبلَ الفَلَسِ، فكذا بعدَ الفَلَسِ.

أوْ نقولُ: أزالَ مِلْكَه عنِ المَبيعِ، وأسقطَ حقَّه في الحبسِ بِالتَّسْلِيمِ [٢٣/٧ظ/م]، فَلا يَثْبُتُ لَه الرُّجوعُ بعدَ ذلِك في العَينِ كما قبْلَ الحُكْمِ بِالفَلَسِ، وكما[1] بعدَ موتِ المُشْتَرِي.

أوْ نقولُ: البائعُ أحدُ غُرماءِ المُشْتَرِي، فإفْلاسُه لا يوجبُ أن يكونَ البائعُ أحقَّ ببعضِ الأعْيانِ الَّتي استقرَّ [٣٨/٣و] مِلْكُ المُشْتَرِي فيها كسائرِ غُرمائِه.

أوْ نقولُ: المُسْتَحقُّ بِالعقْدِ هُو الوصفُ الثّابتُ في الذِّمَّةِ، وهُو الدَّيْنُ، ولا يلزَمُ مِنَ العجْزِ عَن تسْليمِ عيْنِ الدَّراهِمِ، أوْ عيْنِ الدَّنانيرِ بِالإفْلاسِ: العجزُ عنِ المُسْتَحقِّ بِالعقْدِ؛ لأنَّ عينَ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ جُعِلَتْ بدلًا مِن الدَّيْنِ، ولمْ تُعْتَبَرْ عيْنُ ذلِك؛ لأنَّ الاستبدالَ جائزٌ في بابِ الدُّيُونِ، بخِلافِ بابِ السَّلَمِ، حيثُ يكونُ العجْزُ عَن تسْليمِ المُسْلَمِ فيهِ عَجزًا عَن تسْليم الدَّيْنِ الثّابتِ في الذِّمَّةِ إذا تعَذَّرَ تسْليمُ المُسْلَمِ فيهِ بانقِطاعِه عَن أيْدي النّاسِ؛ لأنَّ ما قُلنا أوَّلًا هوَ اعتِبارُ الحقيقةِ، وقَد تعذَّرَ اعتِبارُها في بابِ السَّلَمِ، بأنْ تُجْعَلَ العينُ غيرَ الدَّيْنِ؛ لأنَّ الاستِبدالَ في السَّلَمِ حرامٌ؛ لِقولِه ﷺ: «**لا تَأْخُذْ إلَّا سَلَمَكَ، أَوْ رَأْسَ مَالِك**»[2].

فَلا جَرَمَ وجَبَ الفَسخُ بالعجْزِ عَن تَسْليمِ المُسْلَمِ فيهِ؛ لأنَّه عجزَ عَن عينِ المُسْتَحقِّ بِالعقدِ، وليسَ العجزُ عَن عَينِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ كذلِك؛ لأنَّه لم يعجِزْ عَن عينِ المُسْتَحقِّ بالعقْدِ، بلْ عجزَ عَن غيرِه، فلَمْ يَثْبُتْ حقُّ الفسْخِ.

وهذا معْنى تعْليلِ صاحِبِ «**الهِداية**» بقولِه: (**وَلَنَا: أَنَّ الإِفْلاسَ يُوجِبُ العَجْزَ**

---

(١) وقع بالأصل: «ولما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضى تخريجه.

عن تسليم الثمن)، أي: عن الدراهم والدنانير إلى آخره.

قالوا: عقد المعاوضة يجوز فسخها بالعجز عن تسليم أحد العوضين، كما إذا أبق العبدُ المُشترى قبل قبض المُشتري، حيث يجبُ الفسْخُ، فكذا تُفسخ بالعجز عن تسليم العوض الآخر، وهو الثمن، ولهذا إذا عجز عن تسليم المُسْلَم فيه بانقطاعه عن أيدي الناس، يجبُ الفسْخ.

قلنا: يَبطُلُ ذلك بما قبل حُكْم الحاكم بفلسه، وبما لو امتنع مِنْ أدائه مع القُدرة عليه.

والمعنى في المُسْلم فيه: أنّه مَبيعٌ، وتعذُّرُ تسليم المَبيع يُوجِبُ الفسْخ، بخلاف الثّمن.

والدّليلُ على أنّه مبيعٌ: أنّه لا يجوزُ التّصرُّف فيه قبل القبض كالمَبيعِ، بخلاف الثّمن.

وقالوا: المُشتري إذا وجد بالمُشترى عيبًا يثبُتُ له حقُّ الفَسْخ، وكذا البائعُ إذا وجد بالثّمن عيبًا، والإفلاسُ يُوجِبُ عيبًا في الثّمن؛ لأنّ العَيبَ ما يُخِلُّ بالانتفاع أوْ يعجِزُ عن الانتفاع، والإفْلاسُ يُعْجِزُ عن الانتفاعِ بِالثّمنِ، ولا انتِفاعَ بالثّمن إلّا بالتّسليم، ولا تسليم مع الإفْلاس.

قُلنا: إنّما يتحقّقُ العيبُ إذا تحقّق العجزُ عن التّسْلِيم، ولمْ يتَحَقّقْ هُنا؛ لأنّ القاضي يُجْبِرُه على البيْع، فإذا باع يصِلُ إليْه الثّمنُ، فإذا امتنَعَ عَن البَيْعِ يَبِيعُه القاضي، ويُوصِلُ الثّمن إلى البائع، فلا يكونُ الفسْخُ طريقًا مُتعيِّنًا لإيفاءِ الحقِّ.

بخلاف ما إذا وجد المبيع [٧ ٤٢٤/م] معيبًا، أوْ أبَق قبْلَ القَبضِ؛ لأنّه تعذَّرَ الوُصولُ إلى وصف السّلامة، أوْ إلى ذات المَبيعِ ظاهِرًا وغالبًا، فتعيَّنَ الفَسْخُ طريقًا للتّدارُك، أمّا ههُنا فبخلافه. كذا قالَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالِمُ في «طَريقة

يحجُرُ القاضي على المُشتري بطلبه. ثُمّ لِلْبائع خيارُ الْفسخ ؛ لِأَنَّهُ عجزَ الْمُشْتَرِي عَنْ إِيفَاءِ الثَّمنِ فَيُوجِبُ ذَلِكَ حَقَّ الْفَسْخِ كَعَجْز الْبائِعِ عَنْ تَسْلِيم الْمَبِيعِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الْمُسَاوَاةُ وَصَارَ كَالسَّلْم. ولَنَا: أَنَّ الْإِفْلَاسَ يُوجِبُ الْعَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الْفَسْخِ بِاعْتِبَارِهِ وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ وَصَفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الدَّينُ، وَبِقَبْضِ الْعَيْنِ يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةً

هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، إِلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلْمِ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِبْدَالَ مُمْتَنِعٌ فَأَعْطَى لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدَّينِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

[٣/٣٨ظ] **الخِلاف**» في كِتابِ البُيوع[1].

قولُه: (يَحْجُرُ القَاضِي عَلَى الْمُشْتَرِي بِطَلَبِهِ)، أيْ: بطلَبِ البائِعِ الحَجْرَ.

قولُه: (هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ)، أيْ: تحقُّقُ المُبادَلةِ بقَبْضِ العَينِ هُو الحَقيقةُ ؛ لأنَّ العَينَ غَيرُ الدَّيْنِ حقيقةً.

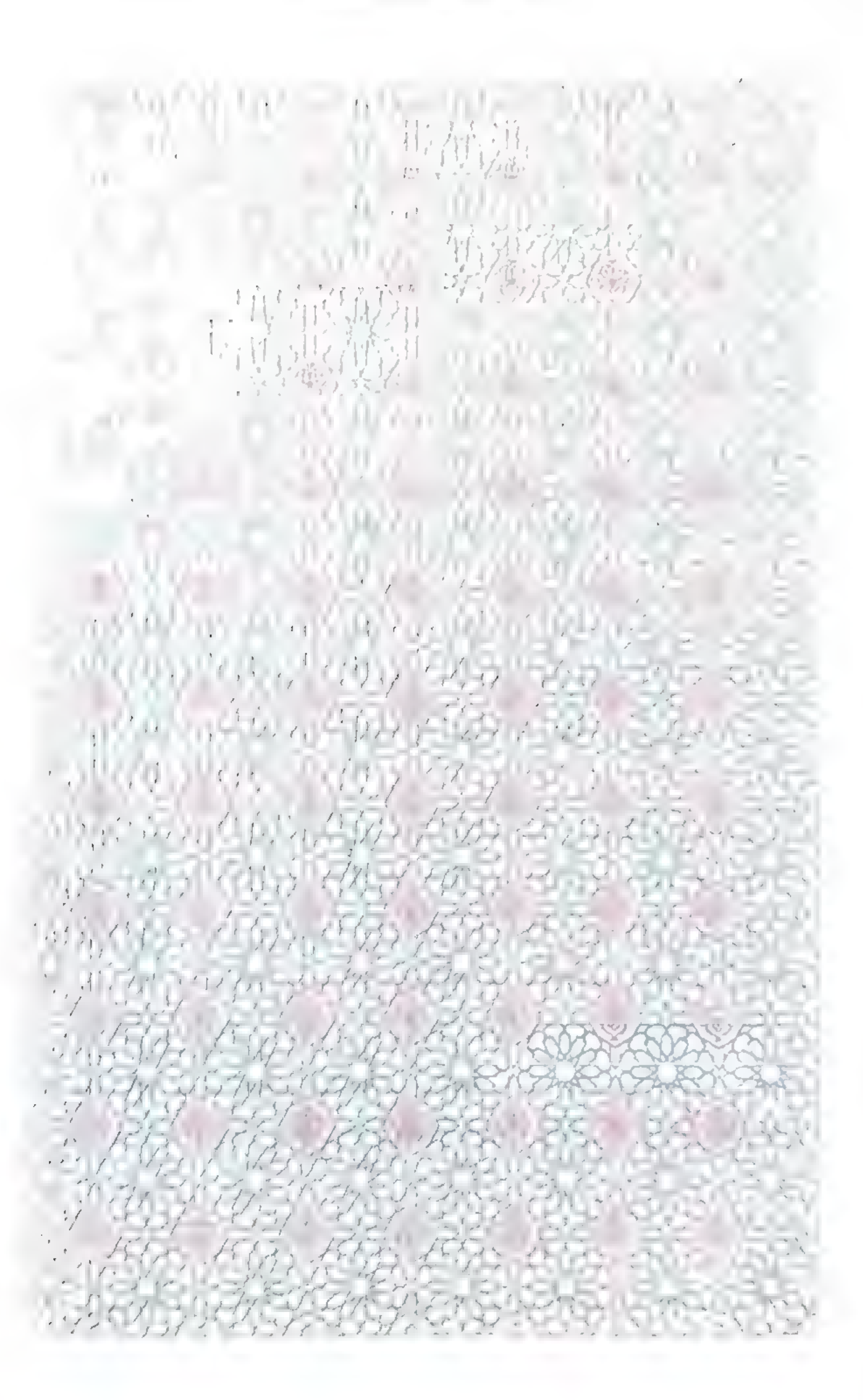
قولُه: (فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا)، أي: اعتِبارُ الحَقيقةِ، إلَّا إذا تعَذَّرَ اعتِبارُها كَما في السَّلَم، حيثُ يَكونُ للمُسْلَمِ فيهِ ـ الَّذي هوَ العَينُ ـ مِن الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ حُكْمُ الدَّيْنِ الَّذي هُو الوصفُ الثّابتُ في الذِّمَّةِ ؛ لتعَذُّرِ القَولِ بِالاستبدالِ ؛ لأنَّه حرامٌ، فَصارَ العجزُ عَن تَسليمِ العَينِ عجزًا عَن تَسْليمِ الدَّيْنِ الَّذي هُو المُسْتَحقُّ بالعقْدِ ؛ فوَجَبَ الفسْخُ.

هذا آخرُ شرْحِ كِتابِ الحَجْر، فرَغتُ عَن تصنيفِه بجِوارِ مشْهدِ الإمامِ الأعْظَم أبي حَنيفَةَ ﷺ، غُرَّةَ المُحَرَّمِ سنةَ ثلاثٍ وأرْبعينَ وسبْعِ مئةٍ [هجريّة][2]، بفَضْلِ اللهِ تَعالىٰ وعَوْنِه[3] وحُسْنِ توْفيقه، والحمدُ للهِ ربِّ العالَمينَ، وصلَّى اللهُ عَلى سيِّدِنا محمَّدٍ وسَلَّمَ.

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٣٦ ـ ٣٣٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ج».

(٣) في: «م» و«س»: «أتمَّ الله تعالىٰ باقِيَ الكتاب بعَوْنه وفَضْله».





كتاب المأذون

الإِذْنُ: الْإِعْلَامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الْحَجْرِ، ....

كتاب المأذون

لَمَّا كان الإِذْنُ فكَّ الحَجْرِ، وفكُّه لا يَكُونُ إلا بعدَه: ناسَب أنْ يُذْكَرَ كتابُ المَأْذُونِ بعدَ كتابِ الحَجْرِ.

قولُه: (الْإِذْنُ: الْإِعْلَامُ لُغَةً، وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الْحَجْرِ، وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ عِنْدَنَا).

وإنما قَيَّدَ بقوله: (**عِنْدَنَا**) احترازًا[1] عن قولِ زُفَرَ والشَّافعيِّ ﷺ فإن الإِذْنَ عندَهما: توكيلٌ وإنابةٌ في التَّصرُّفِ[2].

اعلم أوَّلًا: أن الإِذْنَ في التِّجَارَةِ للعبيدِ والصبيانِ العُقلاءِ جائزٌ، ثبتَ جوازُه بالكتابِ، والسُّنَّةِ، وإجماعِ الأُمَّةِ، ونوعٍ مِن القياسِ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وابتلاءُ اليَتِيمِ من الوَصِيِّ إنما يَحصُلُ بدفعِ شيءٍ يَسِيرٍ من مالِه ليتَّجِرَ فيه حتَّى يُوقَفَ على رُشْدِه وغَيِّه، [و][3] قولُه تعالى: ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ﴾ [الجمعة: ١٠]. وإِذْنُ العبدِ في التِّجَارَةِ ابتغاءٌ لفَضْلِ اللهِ، فكان جائزًا عملًا بظاهرِ الكتابِ.

وأمَّا السُّنةُ: فهو ما رَوَى محمَّدُ بنُ الحسنِ في **«الأصل»**[4]: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ

---

(١) وقع بالأصل: «احتراز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«ع»، و«س».

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٨٩]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/١١٧]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/ ١٢٠].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٤٩٤ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

كَانَ يَرْكَبُ الحِمَارَ، وَيُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ»(١).

أراد به: المَمْلُوكَ المَأْذُونَ؛ لأنه لا يَجُوزُ إجابةُ المَمْلُوكِ المحجُورِ بالإجماعِ، والثابتُ بالإجماعِ كالثابتِ بالنصِّ.

ولو نصَّ بأنْ يُقالَ: كان يُجِيبُ دعوةَ المَمْلُوكِ المَأْذُونِ؛ كان ذلك دليلًا على جوازِ الإِذْنِ، فكذلك هذا.

ورَوَىٰ محمَّدٌ رحمه الله أيضًا في «الأصل»(٢): «عن أبي صالحٍ: أنه لِلْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ عِشْرُونَ عَبْدًا، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُم [٢٤/٧ظ/م] يَتَّجِرُ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ»(٣). فدل ذلك على جواز الإِذْنِ.

وأمَّا الإجماعُ: فإن الأُمَّةَ أجمعَتْ على أن إِذْنَ العبدِ جائزٌ في التِّجَارَةِ إذا كان مكلَّفًا، والاختلافُ فيما إذا كان عاقلًا غيرَ مُكلَّفٍ، فعندَنا: يَجُوزُ ذلك أيضًا.

ونوعٌ مِن القياسِ يَدُلُّ على جوازِهِ؛ لأن كِتَابَةَ العبدِ جائزةٌ بالإجماعِ، وفيها إِذْنٌ للعبدِ(٤) في التِّجَارَةِ والأكسابِ، فدَلَّ جوازُ الكِتَابَةِ على جوازِ الإِذْنِ للعبدِ

---

(١) أخرجه: الترمذي في كتاب الجنائز/ باب آخر [رقم/ ١٠١٧] وابن ماجه في كتاب الزهد/ باب البراءة من الكبر والتواضع [رقم/ ٤١٧٨]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/ ٢١٤٨]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٥٠٦/٢]، من حديث مُسْلِمٍ الأَعْوَرِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رضي الله عنه به.
قال الترمذي: «هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس، ومسلمُ الأعور يُضَعَّف، وهو مسلم بن كيسان الملائيُّ، تُكُلِّم فيه». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».
ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٣٤٤/٤].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٩٤/٨ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) وأخرجه: الحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٣٦٦/٣]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٣٢٢/٦]، من حديث عَائِشَةَ رضي الله عنها به نحوه في سياق قصة.

(٤) وقع بالأصل: «العبد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ عِنْدَنَا، ....

غاية البيان

[٣٠٩/ر] في التِّجَارَةِ.

ثم اعلم: أنَّا نُبَيِّنُ تفسيرَ الإِذْنِ، ورُكْنَه، وشَرْطَه، وحُكْمَه:

أمَّا الإِذْنُ: فهو الإطلاقُ لغةً؛ لأنه ضدُّ الحَجْرِ، وهو المنعُ، فكان إطلاقًا عن شيءٍ، أيِّ شيءٍ كان.

وفي الشَّرْعِ: الإطلاقُ في حقِّ التِّجَارَةِ بإسقاطِ الحَجْرِ عنه. كذا قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبسوطه».

وأمَّا رُكْنُه: قولُ الرَّجُلِ: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ؛ لأنَّ الإِذْنَ به يَقُومُ، ورُكْنُ الشيءِ ما يَقُومُ به ذلك الشيءُ، وقد يَكُونُ الإِذْنُ دلالةً بالسكوتِ عندَنا خلافًا لزُفَرَ والشَّافِعِيِّ رضي اله عنهما[١].

وأمَّا شَرْطُ جوازِه: فمِنْ جهةِ الإِذْنِ أن يَكُونَ له ولايةٌ فيما يَأذَنُ له، ومِن جانبِ المَأْذُونِ أن يَكُونَ عاقلًا؛ لأن قولَ الآذِنِ: أَذِنْتُ لك؛ يَقِفُ صحَّتُهُ على ما قُلنا، فكان شرطًا.

وأمَّا حُكْمُه: مِلْكُ المَأْذُونِ ما كان مِن قَبِيْلِ التِّجَارَةِ وتوابِعها وضروراتِها، وعدمِ مِلْكِه ما لم يَكُنْ كذلك، إلى هذا أشار في «التحفة»[٢]، وذلك لأنَّ حُكْمَ الشيءِ ما يَثْبُتُ بالشيءِ، والثابتُ بالإِذنِ ما قُلنا، فكان حُكْمًا.

قولُه: (وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ [عِنْدَنَا][٣])، يعني: أن العبدَ كان مَحْجُورًا عن

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٥٦/٣]، و«الوجيز في فقه الشافعي/ مع الشرح الكبير» للغزالي [٣٦٥/٤]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٣٥/٢].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢٨٧/٣].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلاً لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ الْمُمَيِّزِ وَانْحِجَارِهِ عَنْ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَا عُهِدَ تَصَرُّفُهُ إِلَّا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَذَلِكَ مَالُ الْمَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ؛ كَيْلَا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعُهْدَةِ عَلَى الْمَوْلَى، وَلِهَذَا لَا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، حَتَّى لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا كَانَ مَأْذُونًا أَبَدًا حَتَّى يَحْجُرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ.

ثُمَّ الْإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ

التَّصَرُّفِ لحقِّ المولى، فإذا أَذِنَ له المولى أسقطَ حقَّ نفسِه.

قولُه: (وَالْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ)، يعني: أن العبدَ بعدَ إسقاطِ المولَى حقَّه يتَصَرَّفُ لنفسِه لا لمولاهُ بِالتَّوْكِيلِ والإِنَابَةِ في التَّصَرُّفِ بأهليَّةِ نفسِه؛ لأنَّ الأهليَّةَ: باللسانِ الناطقِ والعقلِ المُمَيِّزِ، وذلك حاصلٌ للرقيقِ، فكان أهلًا للتصرُّفِ إلَّا أنه كان مَحْجُورًا عن التَّصَرُّفِ قبلَ الإِذْنِ لئَلَّا يَلْزَمَ بطلانُ حقِّ المولى؛ لأنَّ تصرُّفَه يُوجبُ تعلُّقَ حقِّ الدَّيْنِ برقبَتِه، أوْ كَسْبِه، وكلُّ ذلك مالُ المولى، فلو جاز تصرُّفُه بلا إِذْنِ المولى؛ لفاتَ حقُّ المولَى بلا رضاه.

ثم أثرُ الإسقاطِ عدمُ قبولِ الإِذْنِ التوقيتَ؛ لأن الإسقاطاتِ لا تتوقَّتُ، كالطلاقِ والعَتاقِ، ولهذا إذا أَذِنَ له في التِّجَارَةِ شهرًا؛ كان مأذونًا أبدًا إلى أن يوجدَ الحَجْرُ، وأثرُ تصرُّفِ العبدِ بأهليَّةِ نفسِه لنفسِه: عدمُ رجوعِ المَأْذُونِ بما لَحِقَه مِن العُهدةِ على المولى.

فعنْ هذا: عرفْتَ أن فيما ذكرَ صاحبُ «الهداية» ﷺ لَفًّا ونَشرًا، أعني [٧/٢٥و/م] **في قولِه:** (وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ)، وفي **قولِه:** (وَلِهَذَا لَا يَقْبَلُ التَّوْقِيتَ)، فافهم.

قولُه: (ثُمَّ الْإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلَالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ

بَيِعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا؛ خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ ﷺ.

بَيِعُ وَيَشْتَرِي).

قال في «التحفة»: «ثم الإِذْنُ قد يَثْبُت صريحًا، وقد يَثْبُتُ بطريقِ الدلالة، فالصريحُ: ما ذَكَرْنا.

وأمَّا الدلالةُ: بأنْ رأىٰ المولىٰ عبْدَه يَبِيعُ ويشتري، فسكَتَ ولم يَنْهَه عن ذلك؛ يَصيرُ إذْنًا له في التِّجَارَاتِ، ولا يَصِيرُ مأذونًا في بَيْعِ ذلك الشيءِ بعَيْنِه، وفي الشراءِ يصيرُ مأذونًا.

وقال الشَّافِعِيُّ ﷺ: لا يَصِيرُ مأذونًا، والسكوتُ يَكُونُ إِذْنًا في مواضعَ، فإنَّ مَن باع عبدًا مِن إنسانٍ بحَضْرَتِه، والعبدُ ساكتٌ؛ يَكُونُ إقرارًا منه بِالرِّقِّ دلالةً، وكذا المُشْتَرِي إذا قبضَ السلعةَ بحَضْرةِ البائعِ، وسكَتَ؛ يَكُونُ إِذْنًا بالقبضِ.

وكذا إذا سمعَ الشَّفِيعُ البيعَ ولم [٣/٣٩ظ] يَطْلُبِ الشُّفْعَةَ وسكَت؛ يَكُونُ تسليمًا للشُّفْعَةِ، وكذا البِكْرُ إذا زوَّجها وليُّها فسمعَتْ مِن الوليِّ وسكَتَتْ؛ يَكُونُ إِذْنًا، وله نظائرُ، وفي بعضِ المواضعِ لا يَكُونُ السكوتُ رِضًا علىٰ ما عُرِف في موضعِه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «التحفة».

وأورد في «شرح الطَّحَاوِيِّ» مِن جملةِ النظائرِ: «ما إذا وهبَ أو تصَدَّق، فقبضَ المَوْهُوبُ له، أو المُتصَدَّقُ عليه بذلك الشيءِ بمَحْضرِ الواهبِ، فسَكَت؛ يَكُونُ ذلك إِذْنًا منه في القبضِ.

ومِن جُمْلتِها: مجهولُ النسبِ إذا باعه رَجُلٌ بمَحْضرِه، فقال له: قُمْ فاذهب معَ مولاك، فقام وسَكَت؛ يَكُونُ إقرارًا منه بِالرِّقِّ، حتَّىٰ إنه لو ادَّعَىٰ بعدَ ذلك الحُرِّيَّةَ لم يُلْتفَتْ إلىٰ قولِه».

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدِّين السمرقندي [٣/٢٨٦ - ٢٨٧].

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا أَوْ لِلْأَجْنَبِيِّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مِنْ رَآهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْلَىٰ رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ.

غاية البيان

وقال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» أيضًا: «ولو باع بيعًا جائزًا بثمنٍ حالٍّ[1]، فقبضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ بمحضرٍ من البائعِ، وسكَت البائعُ؛ لا يَكُونُ إِذْنًا له بالقبضِ، وله أنْ يَسْتَرِدَّ في ظاهرِ الروايةِ.

وذكَر الطَّحَاوِيُّ: أنه يَكُونُ إِذْنًا ههنا بالقبضِ قياسًا علىٰ العقدِ الفاسدِ.

وقال شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «**مبسوطه**»: «وإذا نظر الرَّجُلُ إلىٰ عَبْدِه يَبِيعُ ويشتري، فلَمْ يَنْهَه عن ذلك؛ صار مأذونًا له في التِّجَارَةِ استحسانًا؛ كما لو قال له: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ، وهو قولُ علمائِنا الثلاثةِ. وقال زُفرُ والشَّافعيُّ ﷺ: بأنه لا يَصِيرُ مأذونًا له في التِّجَارَةِ[2]، وهو القياسُ».

وَجْهُ القياسِ في ذلك: هو أن صَيْرُورَتَهُ مأذونًا له في التِّجَارَةِ معْنًىٰ؛ لا يَصِحُّ مِن غيرِ إِذْنٍ، فلا يَثْبُتُ بالسكوتِ قياسًا علىٰ الأجنبيِّ إذا باع مالَ غيرِه، وصاحبُ المالِ ساكتٌ يَرَاه، فلَمْ يَنْهَهُ عن ذلك؛ لا تَثْبُتُ الإِجَارَةُ، وقياسًا علىٰ الرَّاهِنِ إذا باع المَرْهُونَ، والمُرْتَهِنُ ساكتٌ يَرَاه ولم يَنْهَه عن ذلك، وقياسًا علىٰ بَيْعِ [٧/٢٥ظ/م] العبدِ مالَ المولىٰ، والمولىٰ يَرَاهُ ولا يَمْنَعُهُ مِن ذلك؛ لا يَثْبُتُ الإِذْنُ بالسكوتِ في حقِّ هذا البَيْعِ، فكيف يَثْبُتُ الإِذْنُ في بيعٍ آخرَ؟!

ودليلُه: ما لو تزَوَّج العبدُ امرأةً، أو الأَمَةُ زوَّجَتْ نفسَها بحَضْرةِ المولَىٰ، والمولَىٰ ساكتٌ ولم ينْهَهُ عن ذلك؛ فإنه لا يَثْبُتُ الإِذْنُ، فكذلك هذا؛ لأن[3]

(١) وقع بالأصل: «عن حال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضىٰ تخريج قول الشافعي قريبًا في مَنْع الإذْن بالسكوت في التجارة.

(٣) وقع بالأصل: «إلا أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

نسكوتَ مُحْتَمَلٌ بينَ أن يَكُونَ عن سُخْطٍ، وبينَ أن يَكُونَ عن رِضًا، فإنْ كان عن سُخْطٍ: فلم يَثْبُتِ الإِذْنُ، وإن كان عن رِضًا: يَثْبُتُ الإِذْنُ، فلا يَثْبُتُ بالشكِّ والاحتمالِ.

والقياسُ في البِكْرِ إذا زَوَّجَها غيرُ الأبِ والجَدِّ، فبلَغَها الخبَرُ فسكتَتْ ألَّا يَثْبُتَ الإِذْنُ كما لو كان المُزَوِّجُ أجنبيًّا فسكَتَتْ؛ لا يَثْبُتُ الإِذْنُ لاحتمالِ السكوتِ، فكذا إذا زَوَّجَها الأخُ أو العمُّ، إلا أنَّا ترَكْنَا القياسَ فيه بالأثرِ، وما ثبَتَ بالنصِّ بخلافِ القياسِ لا يَرِدُ إشكالًا على القياسِ، والنصُّ الواردُ في البِكْرِ، وقد عجزَتْ عن النُّطقِ لمكانِ الحياءِ؛ لا يُعْتَبرُ واردًا ههنا دلالةً، والمولىٰ غيرُ عاجزٍ عن النطقِ باللسانِ، فيُرَدُّ هذا إلىٰ ما يَقْتَضِيهِ القياسُ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أن السكوتَ مِن المولىٰ حالَ رُؤيتِه العبدَ يَبِيعُ ويَشْتَرِي، ولا يَنْهَىٰ عن ذلك معَ القدرةِ [٣/٤٠و] علىٰ النهيِّ؛ يَحْتَمِلُ أن يَكُونَ عن رِضًا، أو سُخْطٍ، إلا أنَّا رجَّحْنا جانبَ الرِّضا، وأثبَتْنا الإِذْنَ من المولَىٰ نفْيًا للضررِ عن المُدَاينِ معَ العبدِ.

فمتىٰ لم نرَجِّحْ جانبَ الرِّضا، ولم يَثْبُتِ الإِذْنُ؛ يَتَضَرَّرُ به البائعُ، فإنه يَزُولُ المَبِيعُ عن مِلْكِه، ولا يَحْصُلُ له عِوَضُه للحالِ، بل تتأَخَّرُ سلامةُ العِوَضِ له إلىٰ أن يَعْتِقَ العبدَ، وربَّما يَعْتِقُ، وربَّما لا يَعْتِقُ، فيَتْوَىٰ حقُّ البائعِ، والضررُ في الإسلامِ يَنْفَىٰ ما أمْكَنَ.

وقد أمْكَنَ نفْيُ الضررِ بترجيحِ جانبِ الرضا، كالمشتري إذا تصرَّف في الدارِ المشفوعةِ بعدَ تأكُّدِ[1] حقِّ الشَّفِيعِ بالطلبِ والإشهادِ، فرَآه الشَّفِيعُ ولم يَنْهَهُ عن

(١) وقع بالأصل: «فقد تأكد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

ذلك؛ بَطَلَ حقُّه، إذْ لو لم يَبْطُل حقُّه؛ يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِي بإبطالِ التَّصَرُّفَاتِ عليه، فكان سكوتُه رِضًا نفيًا للضررِ عن المُشْتَرِي، فكذا هنا.

ولا يَلْزَمُ على ما قُلنا بَيْعُ العبدِ مالَ المولى، وبيعُ الأجنبيِّ، وبيعُ الرَّاهِنِ والمُرْتَهنُ ساكتٌ؛ لأنَّا متى لم نُرَجِّحْ جانبَ الرضا ثَمَّةَ، ولم يَثْبُتِ الإِذْنُ؛ لا يَتَضَرَّرُ به أحدٌ، حيثُ يَكُونُ المَبِيعُ[1] من هؤلاءِ موقوفًا، ولا يَكُونُ نافذًا، وذلك لأن العبدَ لا يَمْلِكُ إزالةَ مالِ المولَى عن مِلْكِه بغيرِ رضاه، والفُضُولِيُّ لا يَمْلِكُ إزالةَ المَبِيعِ عن مِلْكِ مالكِه، وإدخالَ الثمنِ في مِلْكِه بغيرِ رضاه.

[٢٦/٧و/م] والرَّاهِنُ لا يَمْلِكُ إبطالَ ما ثبتَ لِلمُرْتَهنِ من الحقِّ بغيرِ رضاه، فبَقِيَ البَيْعُ موقوفًا، فأمْكَن فَسْخُه، وأعادَه كلُّ [واحدٍ][2] مِن العَاقِدَيْنِ إلى رأسِ مالِه بلا ضررٍ، وبسببِ الضررِ كُنَّا نُرَجِّحُ جانبَ الرِّضا، فلما انتفَى الضررُ هنا؛ لم يترجَّحْ أحدُ الاحتمالَيْنِ.

فأمَّا فيما نحن فيه لو لم يترَجَّحْ جانبُ الرِّضا، ولم يَثْبُتِ الإِذْنُ؛ لا[3] يُمْكِنُ إعادةُ البائعِ إلى رأسِ مالِه؛ لأنَّ شراءَ المَحْجُورِ نافذٌ، فيَزُولُ المَبِيعُ عن مِلْكِه، فيتأخَّرُ حقُّه في الثمنِ إلى أن يَعْتِقَ العبدُ، وفي ذلك ضَرَرٌ على البائعِ، ونَفْيُ الضررِ واجبٌ ما أمْكَنَ، فترجَّح جانبُ الرِّضا على السُّخطِ لذلك، وليس كالنِّكَاحِ؛ لأن الأَمَةَ إذا تزوَّجَتْ، وسكَت المولى؛ لا يَتَضَرَّرُ به أحدٌ إذا لم يَثْبُتِ الرضا والإجازةُ؛ لأن النِّكَاح يَكُونُ موقوفًا؛ إذْ ليس لها ولايةُ إزالةِ مِلْكِ المولى بغيرِ رضاهُ، ومنافعُ بُضْعِها مِلْكُ المولَى، فلا يَمْلِكُ إزالتَها عن مِلْكِه بغيرِ رضاه، كما لا يَمْلِكُ إزالةَ

(١) وقع بالأصل: «المَبِيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «ولا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا أَذِنَ الْمَوْلَىٰ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا؛ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ وَمَعْنَىٰ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ فَلَا يُقَيِّدُهُ.

رقبتِها عن مولاها بغيرِ إذْنِه، وإذا بَقِيَ النِّكَاحُ موقوفًا؛ أمْكَن فسْخُ النِّكَاحِ وإعادةُ كُلِّ واحدٍ منهما إلىٰ رأسِ مالِه.

وكذلك إذا كان المُتَزوِّجُ هو العبدَ؛ لأنه إذا لم يَثْبُتِ الإِذْنُ لا يتضرَّرُ أحدٌ؛ لأنه لا يَنْفُذُ نِكَاحُ العبدِ بدونِ إِذْنِ المولىٰ؛ لأن إنكاحَ العبدِ مملوكُ المولىٰ لِمَا فيه مِن إصلاحِ مِلْكِه، ولهذا ملَكَ المولَىٰ إنكاحَ عبْدِه عندَنا، رَضِيَ العبدُ بذلك أمْ سَخِطَ، كما يَمْلِكُ بَيْعَه، وإذا كان هذا التَّصَرُّفُ مملوكًا للمولَىٰ؛ لم يَمْلِكِ العبدُ إبطالَ ذلك، فبَقِيَ نِكَاحُ العبدِ موقوفًا علىٰ إجازةِ المولىٰ، فأمْكَنَ فَسْخُه وإعادةُ المرأةِ إلىٰ رأسِ مالِه، فيَنْتَفِي الضررُ. كذا قال شيخُ الإسلامِ ﷺ في «مبسوطه».

وقال الكَرْخِيُّ في [٣/٤٠ظ] «مختصره»: «وكذلك لو رآه يَشْتَرِي أوْ يَبِيعُ بيعًا فاسدًا فلم يَنْهَهُ؛ فهو إِذْنٌ له في التِّجَارَةِ، وإنْ كان البَيْعُ فاسدًا مردودًا»(١).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَذِنَ الْمَوْلَىٰ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا؛ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «يَبِيعُ ويَشْتَرِي، ويَرْهَنُ ويسْتَرهن»(٢).

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: (مَعْنَىٰ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ: قَدْ أَذِنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ، فَلَا يُقَيِّدُهُ)، أي: معنىٰ الإِذْنِ العامِّ هو إِذْنٌ في التِّجَارَةِ بلا تَقييدِ الإِذْنِ بنوعٍ من أنواعِ التِّجَارَةِ، فإنه إذا قَيَّدَه، ففي كونِه مأذونًا له في جميعِ أنواعِ التِّجَارَةِ [٢٦/٧ظ/م] خلافٌ، وسَيَجِيءُ ذلك بعدَ هذا إن شاء اللهُ تعالىٰ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٤١].

وَوَجْهُهُ أَنَّ التِّجَارَةَ اِسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ [١٤٥/و] الجِنْسَ فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الْأَعْيَانِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ التِّجَارَةِ.

غاية البيان

وليس معناه أن يقول في لفْظِه لا محالة: أَذِنْتُ لك في جميع أنواع التِّجَارَات، أو أذِنْتُ في التِّجَارَاتِ، بل إذا قال: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ بلا تقييدِ نوعٍ؛ كان إذنًا عامًّا، فيتصرَّفُ في التِّجَارَاتِ كلِّها بمُقْتَضَى الإِذْنِ فإنه عامٌّ، وإنما يُعْرَفُ ذلك بصيغتِه، بأَنْ يُذْكَرَ بلفظِ الجمعِ.

وكذا إذا ذكَره بصيغةِ الفردِ، ولكنَّه عَرَّفه بالألفِ واللَّامِ بأنْ قال: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ؛ لأنه عامٌّ معْنًى؛ لأنه يُرِيدُ به جنسَ التِّجَارَةِ، أمَّا إذا ذكَره بصيغةِ الفردِ غيرَ مُعَرَّفٍ بأنْ قال: أَذِنْتُ لك في تجارةٍ، أوْ في تجارةٍ واحدةٍ، أوْ تجارةِ كذا؛ يَمْلِكُ أنواعَ التِّجَارَاتِ عندَنا. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ.

وقوله: (يَبِيعُ وَيَشْتَرِي)، وقَع بيانًا لقولِه: (جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ)؛ لأنهما أصلُ التِّجَارَةِ، فيَتَناوَلُهما الإِذْنُ، والرَّهْنُ والاِرْتِهَانُ مِن جملةِ التِّجَارَةِ أيضًا؛ لأَنَّهُما مِن عادةِ التُّجَّارِ أيضًا، وكلُّ ما كان مِن عادتِهم يَتَنَاوَلُهُ الإِذْنُ.

قال في «**شرح الأقطع**»: «وعلى هذا يَجُوزُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ، ويَدْفَعَ المالَ مُضَارَبَةً؛ لأنه مِن عادةِ التُّجَّارِ»(١).

وقال في «**تحفة الفقهاء**»: «الإِذْنُ نوعان: خاصٌّ، وعامٌّ، أمَّا الإِذْنُ الخاصُّ: فأنْ يَقُولَ لعَبْدِه: اشْتَرِ بدرهمٍ لحمًا، أو اشْتَرِ كسوةً لنفسِك، أوْ لفلانٍ، فاشْتَراه؛ فإنه يَجُوزُ، ويَكُونُ مأذونًا في ذلك خاصَّةً.

والقياسُ: أن يَكُونَ مأذونًا في الأنواعِ كلِّها؛ لأنَّ الإِذْنَ بالتصرُّفِ لا يَتَجَزَّأُ، وفي الاستحسانِ يَقْتَصِرُ على ما أُذِنَ؛ لأن هذا من بابِ الاستخدامِ، ولو تعدَّى

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق١/٤٣٦].

وَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ بِالْغَبْنِ الْيَسِيرِ ؛ فَهُوَ جائِزٌ لِتعذُّر الاحْتراز عنْهُ، وكذا بِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ خِلَافًا لَهُمَا هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ الْبَيْعَ بِالْفَاحِشِ منْهُ بِمنْزِلَة

غاية البيان

لإذْنُ إلى غيرِه، ولم يَكُنْ قَصدُ المولَىٰ أن يَكُونَ مأذونًا في التِّجَارَاتِ ؛ لا يَقْدِرُ علىٰ الاستخدامِ.

وأمَّا الإِذْنُ العامُّ: فأن يَقُولَ: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَاتِ، أو في التِّجَارَةِ ؛ يَصِيرُ مأذونًا في الأنواعِ بلا خلافٍ.

أمَّا إذا أَذِنَ في نوعٍ بأنْ قال: اتَّجِرْ في البَزِّ، أوْ في بَيْعِ الطعامِ ونحوِ ذلك ؛ يَصِيرُ مأذونًا في أنواعِ التِّجَارَاتِ عندَنا.

وعندَ الشَّافعيِّ ﷺ: يَقْتَصِرُ علىٰ ما سمَّىٰ[1].

وكذلك إذا قال: أذنتُ لك أن تَقْعُدَ في الخِرَازةِ، أو في الصِّيَاغَةِ ؛ يَصِيرُ مأذونًا بجميعِ أنواعِ الحِرَفِ.

وكذلك إذا قال: أَذِنْتُ لك أنْ تَتَّجِرَ شهرًا [٣/٤١ر] أو سَنَةً ؛ يَصِيرُ مأذونًا في جميعِ الأوقاتِ ما لم يَحْجُرْ عليه حجْرًا عامًّا، وكذا إذا قال: اتَّجِرْ في البَزِّ، ولا تَتَّجِرْ في الخَزِّ ؛ لا يَصِحُّ نَهْيُه، ويَعُمُّ الإذْنُ النوعَيْنِ وغيرَهما، والمسألةُ معروفةٌ أن الإِذْنَ [٧/٢٧و/م] تمليكُ التَّصرُّفِ، أوْ إسقاطُ الحقِّ، وفَكُّ الحَجْرِ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ «التحفة».

قولُه: (وَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ بِالْغَبْنِ الْيَسِيرِ ؛ فَهُوَ جَائِزٌ لِتَعَذُّرِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ، وكَذَا بِالْفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، ذكَره تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٥٥٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/ ١٢٠، ١٢١]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣/٥٦٩]،

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢٨٥ - ٢٨٦].

التَّبَرُّعِ، حَتَّىٰ اُعْتُبِرَ مِنَ الْمَرِيضِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الْإِذْنُ.

غاية البيان

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «إذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعَبْدِه في التِّجَارَةِ، فاشترىٰ وباع، فشراؤُه جائزٌ في جميعِ الأشياءِ وبَيْعُه، وإنِ اشْتَرَىٰ شيئًا مما يتَغَابَنُ الناسُ فيه أو باع؛ فذلك جائزٌ في قولِهم جميعًا، وإنِ اشترىٰ شيئًا بما لا يَتَغَابَنُ فيه أوْ باع شيئًا، فحَطَّ مِن ذلك ما لا يتَغَابَنُ الناسُ فيه، وعلىٰ العبدِ دَيْنٌ أوْ لا دَيْنَ عليه؛ فذلك جائزٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀، ولا يَجُوزُ في قولِ أبي يوسف ومحمَّدٍ ﵄ شراؤُه ولا بَيْعُه في ذلك كلِّه، وهو باطلٌ مردودٌ، إلا أنْ يَشْتَرِيَ أو يَبِيعَ بما لا يَتغَابَنُ فيه».

قال: «أَلَا تَرىٰ أن عبدًا مأذونًا له في التِّجَارَةِ لو وهبَ هبةً، أو تصَدَّق بصدقةٍ؛ لَمْ يَجُزْ، فإذا باع عبدًا يُساوي ألفَ درهمٍ بعشرةِ دراهمَ؛ كان هذا باطلًا، وكان هذا بمنزلةِ الهِبَةِ والصَّدَقَةُ، وكلُّ مَن لا تَجُوزُ هِبتُه ولا صدقَتُه، مثلُ العبدِ المَأْذُونِ، والمُكَاتَبِ، والصبيِّ الذي يَأْذَنُ له أبوه، والمعتُوه الذي يَأْذَنُ له أبوه في التِّجَارَةِ، بأنْ باع أحدٌ منهم شيئًا أوِ اشْتَراه بما لا يتَغَابَنُ الناسُ في مثلِه باطلٌ، كما تَبْطُلُ هِبتُهُ وصدقتُه.

وأمَّا في قول أبي حَنِيفَةَ ﵀: فذلك جائزٌ كلُّه إذا كان بيعًا أوْ شراءً، وإنِ كان هبةً أوْ صدقةً؛ لَمْ يَجُزْ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

والحاصلُ: ما ذكَره شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في **«شرح الكافي»** في أوَّلِ شراءِ العبدِ المَأْذُونِ وبَيْعِه قال: «شراءُ العبدِ المَأْذُونِ وبَيْعُه بما لا يتَغَابَنُ الناسُ فيه جائزٌ حالًّا أو آجِلًا أو سَلَمًا في قولِهم جميعًا؛ لأنه يَحْتَاجُ إلىٰ التِّجَارَةِ، والتحرُّزُ عن الغَبْنِ اليَسِيرِ لا يَكُونُ مُمْكنًا؛ لأن تفسيرَ الغَبْنِ اليَسِيرِ: نُقصَانُ قِيمَةٍ تَدْخُلُ تَحْتَ اختلافِ المُقَوِّمين، ولو كلَّفْناه الاحترازَ عن ذلك يَتَقَاعَدُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٦].

وَلَهُ أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالْعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ فَصَارَ كَالْحُرِّ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ.

غاية البيان

عن الجَرْيِ على مُوجبِ الإِذْنِ، فلا يَحْصُلُ مقصودُه، ومقصودُ المولَى حينئذٍ وهو الربحُ؛ لأن ذلك لا يَحْصُلُ عادةً إلَّا عندَ مباشرةِ أنواعِ التِّجَارَاتِ كيفما يَتفِقُ.

وكذلك بما لا[1] يتَغَابَنُ الناسُ فيه، في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: إنْ كان عليه دَيْنٌ أوْ لم يَكُنْ، ولا يَجُوزُ في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ؛ لأنه بمنزلةِ الهِبَةِ، ولا تَجُوزُ هِبتُه [٤١/٣ظ] ولا صدقتُه [٢٧/٧ظ/م]، وكذلك كلُّ مَن لا تَجُوزُ هِبتُه مثلُ المُكَاتَبِ، والصبيِّ، أو المعتوهِ يَأْذَنُ له أبوه في التِّجَارَةِ؛ فهو على هذا الاختلافِ.

وَجْهُ قولِهما: أنه تبرُّعٌ فيما زاد على القِيمَةِ؛ لأنه ملكَ شيئًا لا يُقابِلُه شيءٌ حقيقةً، فلا يَصِحُّ إلا ممَّن يَصِحُّ منه التبرُّعُ، ولهذا لا يَصِحُّ مِن الوَصِيِّ والأبِ في مالِ الصغيرِ، وكذلك مِن المريضِ مرضَ الموتِ في حقِّ الغُرَمَاءِ والورثةِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه مأمورٌ بالبيعِ والشراءِ، فيَمْلِكُ كلَّ ما هُو مُسمًّى بهذا الاسمِ جَرْيًا على قضيَّةِ إطلاقِ اللفظِ، ولا يَجُوزُ تقييدُه بالغَرَضِ؛ لأنَّ اعتبارَ نصِّ الكلامِ أَوْلَى مِن اعتبارِ الدلالةِ، على أنَّا لا نُسَلِّم خُلُوَّه مِن الغَرضِ، فإن التَّاجِرَ في العاداتِ كما يُبَاشِرُ العقدَ على وَجْهٍ لا غَبْنَ فيه؛ يُبَاشِرُهُ على وَجْهٍ فيه غَبْنٌ؛ ليتوسَّلَ إلى غرَضٍ لا طريقَ له إلا بِبَيْعِ ما عندَه، وعسى لا يُشْتَرَى ما عندَه بمثلِ القِيمَةِ لكسادِ السوقِ، ولا يَكُونُ عندَه ثمنُ ما يُرِيدُ تحصيلَه، فتَمَسُّ حاجتُه إلى بَيْعِ ما عندَه بوَضِيعةٍ؛ رغبةً فيما يُرِيدُ تحصيلَهُ، والاسترباحُ عليه، وهذا معهودٌ بينَ التُّجَّارِ، وكلُّ مَن ملكَ التِّجَارَةَ مَلَك ما هو مِن صنيعِهم.

أَلَا تَرَى أنه يَمْلِكُ الهِبَةَ اليَسِيرَةَ، والصَّدَقَةَ اليَسِيرَةَ؛ لكونه معتادًا في

(١) وقع بالأصل: «وكذلك ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ حَابَىٰ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ؛ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دِينٌ وَإِنْ كَانَ فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الاقْتِصَارَ فِي الْحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ. وَإِنْ كَانَ الدَّينُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ وَإِلَّا فَارْدُدْ الْبَيْعَ كَمَا فِي الْحُرِّ.

غاية البيان

التِّجَارَة، فلَأَنْ يَمْلِك هبةً في ضِمْن مُعَاوَضَةٍ هو معهود للتُّجَّار[1] فأَوْلَىٰ، بخلافِ الأَبِ والوَصِيِّ والمريضِ؛ لأَنَّا إنما ندَّعِي هذا في حقِّ مَن يَمْلِكُ التِّجَارَاتِ على الإطلاقِ، وهؤلاء لا يَمْلِكُون التِّجَارَاتِ على الإطلاقِ، فإِنَّ مَنْعَ الإطلاقِ لا يَصِحُّ؛ لأنه يتصَرَّفُ بفَكِّ الحَجْرِ لا بطريقِ النِّيابَةِ، ولَئِنْ سُلِّمَ[2] النِّيابَةَ؛ فالنِّيابَةُ مُطْلَقٌ، فتَصيرُ حينَئذٍ المسألةُ فرعًا لمسألةِ الوَكِيلِ بالبيعِ المُطْلَقِ.

ولا يَلْزَمُ أن في الوَكِيلِ بالشراءِ يتَقَيَّدُ بالعُرْفِ، وههنا لا يتَقَيَّدُ عندَه؛ لأَنَّ ثَمَّةَ إنَّما يتَقَيَّدُ باعتبارِ التُّهْمَةِ؛ لأنه يَرْجِعُ بِالعُهْدَةِ على المُوَكِّلِ، فلوِ اشترىٰ شيئًا لنفسِه ـ لم يُوافِقْهُ ـ يُرِيدُ إلحاقَهُ بالمُوَكِّلِ حتىٰ لو كان الوَكِيلُ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه لا يتَقَيَّدُ، ولا تُهْمَةَ فيما نحن فيه؛ لأنه لا يَرْجِعُ على المولىٰ بِالعُهْدَةِ، وبيانُ الغَبْنِ اليَسِيرِ والفاحشِ مَرَّ في فصْلِ الوَكَالَةِ بالبيعِ مِن كتابِ الوَكَالَةِ.

قولُه: (وَلَوْ حَابَىٰ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ؛ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ)، ذكَره تفريعًا أيضًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

قال في «شرح الكافي» في بابِ إقرارِ العبدِ في مرضِه: «وإذا حابَىٰ العبدُ في مرضِه ولا دَيْنَ عليه، ثم مات؛ فالمُحَابَاةُ جائزةٌ؛ لأن هذا يَكُونُ مُحابَاةً مِن المولَىٰ؛ لأن المالَ للمولَىٰ وهو صحيحٌ، وكذلك إنْ كان عليه دَيْنٌ يَفِي مالُه بالدَّيْنِ، فإنْ لم يَفِ مالُه بالدَّيْنِ؛ لَمْ تَجُزِ [٧/٢٨و/م] المُحَابَاةُ؛ لأنه يُلاقي ذلك حقَّ

(١) وقع بالأصل: «». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «سَلَّمْنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ؛ لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ.

غاية البيان

الغُرَمَاءِ، وإنه ليس بسبيلٍ مِن إبطالِ حقِّ الغُرَمَاءِ، وإذا لم [٢/٣٤و] يَكُنْ عليه دَيْنٌ يُلاقِي حقَّ المولَى، وهو بسبيلٍ مِن إبطالِ حقِّه لتسليطٍ مِن قِبَلِه، هذا إذا حابَى المَأْذُونُ في مرضِ موتِه، والمولَى صحيحٌ»[1].

وأَمَّا إذا حابَىٰ في مرض موت المولىٰ: فبيانُه ما قال في «شرح الكافي» قبلَ هذا البابِ: «وإذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه في التِّجَارَةِ ثم مَرِضَ المولَىٰ، فباعَ العبدُ بعضَ ما كان مِن تجارتِه، أوِ اشترىٰ شيئًا، فحابَىٰ في ذلك، ثم مات المولىٰ، ولا مالَ له غيرَ العبدِ، وما في يدِه؛ فجميعُ ما فعَلَ العبدُ مِن ذلك ممَّا يتَغَابَنُ الناسُ فيه، وما لا يتَغَابَنُ فيه جائزٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ مِن ثُلثِ مالِ المولَىٰ؛ لأنه يتصَرَّفُ بتسليطِ المولَىٰ، وإنه يُلاقِي حقَّ المولَىٰ، فيُجْعَلُ ذلك مُحَابَاةً منه، وهو مريضٌ، فيُجْعَلُ منه، وكذلك علىٰ قولِهما فيما يَتَغَابَنُ الناسُ فيه.

وكذلك إن كان علىٰ العبدِ دَيْنٌ يُحيطُ برقَبَتِه، وبما في يدِه؛ لأن حالَ العبدِ لم يَتَغَيَّرْ، إنما تغَيَّرَ حالُ المولىٰ، فكان وصيَّةً منه بعدَ الدَّيْنِ مِن الثلثِ، فإنْ كان علىٰ المولىٰ دَيْنٌ يُحيطُ برقَبَتِه، وبما في يدِه، ولا مالَ له غيرُه؛ لَمْ يَجُزِ مِن مُحَابَاةِ المولىٰ شيءٌ؛ لأن الوصيَّةَ مُؤخَّرةٌ عن الدَّيْنِ، ويُقَالُ لِلمُشْتَرِي: فانقُضِ البَيْعَ، وإنِ شِئْتَ فأدِّ المُحَابَاةَ كلَّها، ولو كان الذي حاباه العبدُ بعضَ وَرَثَةِ المولَىٰ؛ كانت المُحَابَاةُ باطلةً في جميعِ الوجوهِ؛ لأن هذا وصيَّةٌ من المولَىٰ»[2]. كذا في «شرح الكافي»[3].

قولُه: (وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ)، أي: للمَأْذُونِ ولايةُ عَقْدِ السَّلَمِ كيف ما

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [٢٦/٥٦].

(٢) ينظر: المصدر السابق [٢٦/٥٣].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥١٤].

وَلَهُ أَنْ يُوكِلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: وَيَرْهَنُ وَيَرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ. وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الْأَرْضَ، وَيَسْتَأْجِرَ الْأُجَرَاءَ وَالْبُيُوتَ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ الرِّبْحِ وَيَشْتَرِي طَعَامًا وَيَزْرَعُهُ فِي أَرْضِهِ؛ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ قَالَ ﷺ: «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ».

غاية البيان

شاء، وإنْ شاء يَكُونُ ربُّ السَّلَمِ، وإنْ شاء يَكُونُ مُسْلَمًا إليه، وذكَره أيضًا تفريعًا.

والحاصلُ: أن المَأْذُونَ يَفْعَلُ ما كان مِن صنيعِ التُّجَّارِ، وما لا فلا، ولهذا لا يَكْفُلُ بنفْسٍ، ولا مالٍ، ولا يُقْرِضُ ولا يُعْتِقُ على مالٍ إلا إذا أجازَه المولَىٰ، ولا دَيْنَ عليه، فإنْ كان عليه دَيْنٌ؛ يَجُوزُ بإجازةِ المولَىٰ، ويَضْمَنُ المولَىٰ قيمتَه للغُرَماءِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَرْهَنُ وَيَرْتَهِنُ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1]، وذلك لأن الرَّهْنَ والارْتِهَانَ مِن توابعِ التِّجَارَةِ، فإنَّ الرَّهْنَ إيفاءُ الحقِّ، والارْتِهَانُ استيفاءُ الحقِّ، والمَأْذُونُ له يَمْلِكُ التِّجَارَةَ، وما مِن توابعِ التِّجَارَةِ فيَمْلِكُها، وقد مَرَّ مرَّةً.

قولُه: (وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الْأَرْضَ، وَيَسْتَأْجِرَ الْأُجَرَاءَ وَالْبُيُوتَ)، ذكَره تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ﵀.

والمرادُ مِن تَقَبُّلِ الأرضِ: استئجارُها، فله أنْ يستأجرَ الأرضَ والبيوتَ [٢٨/٧ظ/م] والأُجَراءَ؛ لأن كلَّ ذلك مِن عادةِ التُّجَّارِ، ولأنَّ الاستئجارَ تجارةٌ؛ لأن المنافعَ مالٌ، وإنه يَمْلِكُ شراءَ الأعيانِ، فيَمْلِكُ شراءَ المنافعِ؛ ولأنه من ضروراتِ التِّجَارَةِ؛ لأنه يَحْتَاجُ إلىٰ أن يعملَ بنفسِه وبغيرِه إذْ مَلَكَ عمومَ التِّجَارَاتِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الكافي» في أوائلِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].

. . . .

كتابِ المَأْذُونِ الكبيرِ: «ويتقبَّلُ الأرضَ، ويَأْخُذُها مُزَارَعَةً كما يَأْخُذُ الحُرُّ؛ لأن أَخْذَ الأرضِ مُزَارَعَةً إنْ كان البَذْرُ مِن قِبَلِه؛ فهو استئجارُ الأرضِ، وإنْ كان مِن قِبَلِ ربِّ الأرضِ؛ فهو إجَارَةُ نفسِه، وإنه يَمْلِكُ كِلَا الوجهَيْنِ، وليس له أن يَدْفَعَ طعامًا إلىٰ رَجُلٍ ليزرَعَها ذلك الرَّجُلُ في [٣/٤٤٢ظ] أرضِه بالنصفِ؛ لأن هذا يَصِيرُ قَرْضًا، وليس له القرضُ؛ لأنَّ القرْضَ تَبَرُّعٌ، وإنه لا يَمْلِكُ التبَرُّعَ، ولو فعَلَ معَ هذا؛ أشار ههنا: أن الخارجَ يَكُونُ لِلْمُزَارِعِ؛ حيثُ جعَلَه قرضًا.

ولو أقرَضَه تنصيصًا فالجوابُ هكذا: أن الخارجَ يَكُونُ لِلْمُزَارِعِ، واللهُ أعلَمُ؛ لأنه مَلَكَه بحُكْمِ القَرْضِ، وقد ذكَر في المُزَارَعَةِ: أن الحُرَّ لو دفَع بَذْرًا إلىٰ آخرَ ليزرَعَهُ في أرضِه بالنصفِ، ففَعَل؛ يَكُونُ الخارجُ لصاحبِ البَذْرِ، وعليه أجْرُ مثلِ عملِه وأرضِه.

قيل: في المسألةِ روايتان، في روايةِ المُزَارَعَةِ: الخارجُ لصاحبِ البَذْرِ، وفي روايةِ المَأْذُونِ: الخارجُ لِلْمُزَارِعِ، ودَفْعُ البَذْرِ يَحْتَمِلُ الوجهَيْنِ: الإقراضَ واستئجارَ العاملِ والأرضِ إنْ دفَع البَذْرَ ليزرعَه له؛ فقد أبقاه علىٰ مِلْكِه، فيَكُونُ العاملُ عاملًا له بشرطِ النصفِ، فيَكُونُ استئجارًا له ولأرضِه، وإنْ دَفَع البَذْرَ ليَزْرَعَ العاملَ لنفسِه؛ يَكُونُ إقراضًا له، ففي روايةٍ: اعتُبِر القرْضُ، وفي روايةٍ: اعتُبِر الاستئجارُ.

ورَوَىٰ محمدُ بنُ سَمَاعَةَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه إنْ دَفَع البَذْرَ إليه، وقال: لتزرعَ لي ـ وكذلك إنْ أطلقَ ـ؛ يَكُونُ الخارجُ له، فإنْ قال: لتزرعَ لنفسِك؛ يَكُونُ الخارجُ لِلْمُزَارِعِ، فمسألةُ الكتابِ علىٰ هذا.

ومِن الناسِ مَن قال: اختلف الجوابُ لاختلافِ وَضْعِ المسألةِ، فوَضَعه في المُزَارَعَةِ في الحُرِّ، فصحَّ تسليطُه علىٰ مالِه بالاستهلاكِ، فصار عاملًا فيه علىٰ

وَلَهُ أَنْ يُشارِكَ شركَةَ عنانٍ، ويدفع المال مُضارَبَةً ويأخذها؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ

مِلْكِه، ووَضع المسألةَ في المَأْذُونِ في العبدِ، فلم يَصِحَّ تسليطُه على مالِه استهلاكًا. فصار القابضُ غاصبًا، فكأنه غصَبَه وزَرَعه لنفسِه». كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (**وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ، وَيَدْفَعَ الْمَالَ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذُهَا**)، ذكره أيضًا تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

والأصلُ: أن كلَّ ما كان مِن التِّجَارَةِ، أوْ مِن توابعِ التِّجَارَةِ؛ يَمْلِكُه [٧/٢٩د/م] المَأْذُونُ، وما لا فلا، وإنما قَيَّدَ بشَرِكَةِ العِنَانِ؛ لأن مُفَاوَضَة المَمْلُوكِ كيفَ ما كان معَ مَن كان لا تَجُوزُ؛ لأنه لا يَمْلِكُ الكَفَالَةَ والتبرُّعَ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذكرَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «**مختصره**» وقال: «**قالوا جميعًا: ليس** للعبدِ المَأْذُونِ أنْ يُشَارِكَ رَجُلًا حرًّا أوْ عبدًا شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ، ولو أَذِنَ لهما المَوْلَيان، فإنْ فاوَضَ العبدَ لم يَكُنْ ذلك مُفَاوَضَةً، وكانت شَرِكَةَ عِنَانٍ في جميعِ التِّجَارَاتِ».

وقال الكَرْخِيُّ ﷺ أيضًا في كتابِ الشَّرْكَةِ من «**مختصره**»: «**وإذا اشترك** رَجُلان أحدُهما حُرٌّ مسلمٌ، والآخرُ عَبْدٌ، أوْ مُكَاتَبٌ، أوْ ذِمِّيٌّ، أوْ مُرْتَدٌّ، أوْ مُرْتَدَّةٌ، أوْ صبيٌّ مَأْذُونٌ له في التِّجَارَةِ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ؛ لم يَصِحَّ، وكانت شَرِكَةَ عِنَانٍ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ.

وقال أبو يوسفَ ﷺ مثلَ ذلك، إلَّا في الذِّمِّيِّ فإنه يَصِحُّ مُفاوضَتُهُ إنْ كان شريكُه مُسْلمًا، ولا تَجُوزُ فيما بَقِيَ.

وفرَّقَ أبو يوسفَ بينَ المُرْتَدِّ والذِّمِّيِّ.

وقال محمَّدُ بنُ الحسنِ ـ في قياسِ قولِ أبي يوسفَ ـ: إنه يَجُوزُ شَرِكَةُ المُسْلمِ المُرْتَدِّ مُفَاوَضَةً»[١]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٩١].

التُّجَّارِ، وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا؛ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ﷺ هُوَ يَقُولُ: لَا يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَىٰ نَفْسِهِ فَكَذَا عَلَىٰ مَنَافِعِهَا؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا.

غاية البيان

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ [٤٣/٣و] ﷺ في «شرح الكافي» في بابِ ما يَجُوزُ للمَأْذُونِ أن يَفْعَلَه: وإذا اشترك العبدانِ المَأْذُونِ لهما في التِّجَارَةِ شَرِكَةَ عِنَانٍ، علىٰ أَنْ يَشْتَرِيا بالنقدِ والنَّسِيئَةِ بينَهُما نصفانِ[١]؛ لَمْ يَجُزْ مِن ذلك النَّسِيئَةُ، وجاز النقدُ؛ لأن في النَّسِيئَةِ معنىٰ الكَفَالَةِ عن صاحبِه.

وقد ذَكَرْنا قبلَ هذا: أن التَّوْكِيلَ مِن العبدِ في شراءِ الشيءِ [نسيئةً][٢] لنفسِه لا يَجُوزُ، ويَصِيرُ مشتريًا لنفسِه لا علىٰ الشِّرْكَةِ، ولكن بهذا لا تَبْطُلُ شَرِكَةُ العِنَانِ؛ لأنه ممَّا يَحْتَمِلُ الخصوصَ، وإنْ أَذِنَ لهما المَوْلَيَانِ في ذلك، ولا دَيْنَ علىٰ العبدِ؛ فهو جائزٌ؛ لأنه يَمْلِكُ الكَفَالَةَ بإذْنِ المولىٰ، فيَمْلِكُ ما فيه معنىٰ الكَفَالَةِ أيضًا بأمْرِه.

قولُه: (وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا)، وهذه مِن مسائلِ **«الأصل»**، ذكَرها تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في **«مبسوطه»**: ويُؤَاجِرُ نفسَه فيما بدا له مِن الأعمالِ، وهذا قولُ علمائِنا ﷺ.

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: لا يُؤَاجِرُ نفسَهُ[٣]، وله أنْ يُؤَاجِرَ كَسْبَه بلا خلافٍ.

وَجْهُ قولِه: أنه لا يَمْلِكُ العقدَ علىٰ نفسِه بأنْ باعها أوْ وَهبها، فكذا لا يَمْلِكُ العقدَ علىٰ منافعِها؛ لأن المنافعَ تابعةٌ للنفسِ.

ولنا: أنه آجَرَ ما دخَل تحتَ الإذْنِ، فيَجُوزُ قياسًا علىٰ ما لو آجَر شيئًا مِن

---

(١) وقع بالأصل: «نصفين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [١٩٦/٣]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٣٦٦/٤].

وَلَنَا: أَنَّ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الْإِذْنِ كَالْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْمَوْلَى. أَمَّا الْإِجَارَةُ فَلَا يَنْحَجِرُ بِهِ وَيَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ فَيَمْلِكُهُ.

غاية البيان

كَسْبِه؛ لأنه لا تتهيَّأُ له التِّجَارَةُ إلا بنفسِه ومنافِعِه، فتَكُونُ نفسُه ومنافعُه داخلةً تحت الإِذْنِ، أَلَا تَرَىٰ أنه يَمْلِكُ إتلافَ منافعِه بالتصرُّفِ مِن غيرِ عِوَضٍ يَحْصُلُ للمولى. فلَأَنْ يَمْلِكَ إتلافَها بعِوَضٍ [٧/٢٩٠ط/م] يحْصُل للمولى أَوْلَىٰ، [و][1] لأنه متصرِّف لنفسِه، فيَمْلِكُ إجَارَةَ نفسِه قياسًا على المُكَاتَبِ وعلى الحُرِّ.

وإنما قُلنا: إنه متصرِّفٌ لنفسِه؛ لأنه يتَّجِرُ بحُكْمِ فكِّ الحَجْرِ، لا بحُكْمِ النِّيَابَةِ، ولأن مَن ملَكَ إجَارَةَ الدوابِّ والعبيدِ؛ مَلَك إجَارَةَ نفسِه كالمُكَاتَبِ.

فَإِنْ قُلْتَ: عَقْدٌ على الرَّقَبَةِ فلا يَمْلِكُها العبدُ كما لا يَمْلِكُ بيعَ رقبتِه ورَهْنِها.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنها عَقْدٌ على الرَّقَبَةِ، بل هي عَقْدٌ على المنافعِ، ولا يَلْزَمُ مِن عدمِ جوازِ بيعِ الرَّقَبَةِ والرَّهْنِ عدمُ جوازِ الإجَارَةِ، أَلَا تَرَىٰ أن المُكَاتَبَ لا يَمْلِكُ بيعَ رقبتِه ورَهْنِها، فيَمْلِكُ إجارتَها وكذا الحُرُّ؛ ولأن الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ جوازَ التَّصرُّفِ. والبَيْعُ والرَّهْنُ يوجبانِ الحَجْرَ، والحَجْرُ ضدُّ الإِذْنِ، فلا يَتَنَاوَلُهما الإِذْنُ.

أَمَّا البَيْعُ: فلأنَّهُ يُزِيلُ الرَّقَبَةَ عن مِلْكِ المولى، فيَزُولُ الإِذْنُ المبْنِيُّ على المِلْكِ.

وأَمَّا الرَّهْنُ: فإنه حَبسٌ لاستيفاءِ الدَّيْنِ، وإنه يُنافِي المقصودَ بالإِذْنِ، وهو التِّجَارَةُ لتحصيلِ الربحِ، بخلافِ الإجَارَةِ؛ فإن الرَّقَبَةَ لا تَزُولُ عن مِلْكِ المولى بالْإِجَارَةِ، فلا يَنْحَجِرُ بها؛ لأنها من العُقُودِ التي يُبْتَغَى بها المالُ، فدخلَتْ تحتَ الإِذْنِ.

وليستِ الإِجَارَةُ كالنِّكَاحِ[2]؛ لأن النِّكَاحَ لم يَدْخُلْ تحتَ الإِذْنِ؛ لأنه ليس

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) إيضاح للفرق بين البيع والاجارة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن».

قَالَ: فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ؛ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا.

بتجارةٍ، ولهذا لو زوَّجَ أَمَةً مِن كَسْبِه؛ لا يَجُوزُ، والإِجَارَةُ [٣/٤٣ظ] تجارةٌ، فتدخلُ تحت الإِذْنِ كإجارةِ كَسْبِه، أَلَا تَرَىٰ أنه لو باع نفسَه بإِذْنِ المولَىٰ؛ صار مَحْجُورًا، ولو آجَر نفسَه بإِذْنِ المولَىٰ لم يَصِرْ مَحْجُورًا.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ؛ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[١]، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن يَكُونَ مأذونًا في ذلك النوعِ[٢]. كذا في «شرح الأقطع».

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «مبسوطه» قال: «وإذا قال الرَّجُلُ لعَبْدِه: اقْعُد قَصَّارًا أَوْ صَبَّاغًا؛ فقد صار مأذونًا في التِّجَارَاتِ كلِّها، وهذا عندَ علمائِنا الثلاثةِ رحمهم الله.

وقال زُفرُ والشَّافعيُّ رحمهما الله يَصِيرُ مأذونًا في التِّجَارَةِ التي أَذِنَ له فيها، وفيما لا بُدَّ لتلك التِّجَارَةِ منه[٣].

وعلىٰ هذا الاختلافِ إذا قال: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ في البَزِّ، عندَ علمائِنا الثلاثةِ: صار مأذونًا في الأنواعِ كلِّها.

وعندَهما: لا يَصيرُ مأذونًا إلَّا في البَزِّ خاصَّةً، وعلىٰ هذا الخلافِ إذا قال: أَذِنْتُ لك في التِّجَارَةِ في مكانِ كذا، أو إلىٰ وَقْتِ كذا، فإنه يَصِيرُ مأذونًا في الأماكنِ كلِّها والأوقاتِ كلِّها، وعندَهُما: لا يَصِيرُ مأذونًا إلا فيما أَذِنَ له خاصَّةً.

وأجمَعُوا أنه إذا قال لعبدِه: كاتبتُك بألفِ درهمٍ علىٰ أنْ [٧/٣٠و/م] تَتَّجِرَ في

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٤١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق١/ ٤٣٦].

(٣) مضىٰ قريبًا تخريج قول الشافِعِيِّ في ذلك.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَكُونُ مَأْذُونًا إِلَّا فِي ذَلِكَ النَّوْعِ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا نَهَاهُ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ.

غاية البيان

البَزِّ، أو في مكانٍ كذا، أو إلىٰ وَقْتٍ كذا؛ فإنه يَصِيرُ مأذونًا في الأنواعِ كلِّها، والأماكنِ كلِّها، والأوقاتِ كلِّها، ويَبْطُلُ التخصيصُ». إلىٰ هنا لفظُ خُوَاهَرْ زَادَه.

وقال بُرْهانُ الدِّينِ الأجَلُّ [الصدر][1] الكبيرُ صاحبُ «**المحيط**» عبدُ العزيزِ بنُ عُمَرَ بنِ أبي سهلٍ[2] المعروفُ بـ: «مَازَه» في «**طريقة الخلاف**»: «المَأْذُونُ في نوعٍ يَصيرُ مأذونًا في الأنواعِ كلِّها.

وقال زُفَرُ والشَّافعيُّ: لا يَصِيرُ مأذونًا في الأنواعِ كلِّها إلا فيما نُصَّ عليه، وما هو مِن ضروراتِه.

وصورتُه: رَجُلٌ قال لعبدِه: تصَرَّفْ في الخَزِّ، وسكَت، أو قال: تصرَّفْ في الخَزِّ، ولا تتصرَّفْ في البَزِّ.

عندَنا: يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في الخَزِّ والبَزِّ جميعًا.

وعندَهما: لا يَمْلِكُ إلَّا في الذي نُصَّ عليه، وأجمَعُوا علىٰ أن الإِذْنَ في نوعٍ مِن التِّجَارَةِ لا يَكُونُ إِذْنًا في جنسٍ آخرَ، نحوُ المناكحةِ وغيرِها، وأجمَعُوا أن الوَكِيلَ بالتصرُّفِ في نوعٍ لا يَكُونُ وكيلًا في الأنواعِ كلِّها». إلىٰ هنا لفظُ «**الطريقة**».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**»: «وهذا بناءٌ علىٰ أصْلٍ، وهو أن الإِذْنَ توكيلٌ وإنابةٌ، أوْ إطلاقٌ وفَكُّ الحَجْرِ؟

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) كذا قال المؤلف! وصاحبُ «المحيط»: هو محمود - أو محمد - بن أحمد بن عبد العزيز بن عُمر بن مَازَه البخاريّ المرْغِينانيّ، بُرهان الدِّين. وهو صاحب: «الطَّرِيقَة البرهانية» أيضًا، ولعله اشتبه على المؤلِّف بـ: عبد العزيز بن عُمَر بن مازه المَعْرُوف ببرهان الأئمة أبي محمد. وَالِدِ عُمر بن عبد العزيز الملقَّب بـ الصدر الشَّهِيد. وقد تقدَّمَتْ ترجمةُ الرَّجُلَيْنِ.

لَهُمَا أَنَّ الْإِذْنَ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَيَثْبُتُ الْحُكْمَ وَهُوَ الْمِلْكُ لَهُ دُونَ الْعَبْدِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا

غاية البيان

فعندَ الشَّافعيِّ رضي الله عنه: توكيلٌ وإنابةٌ[1]، فيَقْتَصِرُ على موضعِ الإنَابَةِ.

وعندَنا: إطلاقٌ وفَكُّ الحَجْرِ، فإن العبدَ أهلٌ للتصرُّفِ، ولكنَّهُ معَ قيامِ الأهليَّةِ حُجِرَ عن التَّصرُّفَاتِ الدائرةِ بينَ الضرِّ والنفعِ لحقِّ المولَى، فعندَ إطلاقِ المولَى يَتَصَرَّفُ بحُكْمِ أَهْلِيَّتِه على العمومِ؛ لقيامِ أهليتِه على العمومِ، ويَكُونُ بمنزلةِ المُكَاتَبِ عندَ إطلاقِ المولَى.

ويُبْتَنَى على قاعدةٍ أُخرَى: وهي أن العبدَ فيما يتَصَرَّفُ عندَ الإِذْنِ، يَتَصَرَّفُ للمولَى أوْ لنفسِه؟

عندَه: يتَصَرَّفُ للمولَى، فلا يَلْزَمُ المولَى حُكْمَ تصَرُّفِه إلا بقَدْرِ ما أَذِنَ له.

وعندَنا: يَتَصَرَّفُ لنفسِه، وحُكْمُ التَّصرُّفِ يَقَعُ لنفسِه، فصار التخصيصُ مِن المولَى تصرُّفًا على غيرِه في غيرِ موضعِ الولايةِ، فلا يَصِحُّ». كذا في «**شرح الكافي**».

وَجْهُ قولِهما: أن العبدَ يَسْتَفِيدُ الولايةَ مِن جهةِ المولَى، فيختصُّ [٣/٤٤و] تصَرُّفُه بما أَذِنَ له فيه، كما في الوَكِيلِ والمُضَارِبِ، ولهذا لو أَذِنَ له أنْ يَشْتَرِيَ لحمًا، أو ثوبًا لكسْوةِ المولَى، أو لكسْوةِ أهلِه، أَوْ طعامًا للقُوتِ؛ لا يَكُونُ مأذونًا إلا فيما أَذِنَ له خاصَّةً، ولهذا لم يَكُنْ له أنْ يتَزَوَّجَ بعدَ الإِذْنِ في التِّجارَةِ، فَعُلِمَ أن الإِذْنَ توكيلٌ لا فَكُّ الحَجْرِ.

ولنا: أن العبدَ يتَصَرَّفُ لنفسِه بأهْلِيَّةِ نفسِه؛ لوجودِ دليلِ المالكيَّةِ للتصرُّفِ، وهو كونُه مُكَلَّفًا بالعقلِ والبلوغِ، وكونُه محتاجًا إلى تحصيلِ أسبابِ البقاءِ، إلا [٧/٣٠ظ/م] أنه معَ ذلك مُنِعَ مِن التَّصَرُّفِ لحقِّ المولَى، فكان مَحْجُورًا عليه لئَلَّا يَلْحَقَ

(١) مضى تخريج قول الشافعي.

خَصَّهُ بِهِ كَالْمُضَارِبِ. [١٤٥/ط] وَلَنَا: أَنَّهُ إِسْقَاطُ الْحَقِّ وَفَكُّ الْحَجْرِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ. وَعِنْدَ ذَلِكَ يُظْهِرُ مَالِكِيَّةَ الْعَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ،

غاية البيان

المولَىٰ ضررٌ بتعَطُّلِ منافعِ العبدِ، فإذا أَذِنَ له المولىٰ في نوعٍ رَضِيَ بذلك الضررِ.

فإذا رَضِيَ به فقد أزال المانعَ عن التَّصَرُّفِ، فبَطَل حقُّ المولَىٰ أصلًا؛ لأنه لا فرْقَ في تعطُّلِ المنافعِ في هذا النوعِ، وفي نوعٍ آخرَ، فظهرتْ مالكيَّةُ العبدِ للتصرُّفِ في كلِّ نوعٍ، فملَكَ التَّصَرُّفَ بأهليَّةِ نفسِه لنفسِه لا للمولىٰ، ولهذا إذا اشترىٰ العبدُ المَأْذُونُ له شيئًا يَجِبُ الثمنُ في ذِمَّتِه، بحيثُ لا يُطالَبُ به المولَىٰ.

أَلَا تَرَىٰ أنه لو مات العبدُ بعدَ الشراءِ، ولم يَتْرُكْ كَسْبًا؛ لا يَكُونُ للبائعِ أن يُطالبَ المولَىٰ بالثمنِ، فدلَّ أن الإِذْنَ ليس بتوكيلٍ وإنابةٍ، بل هو فَكٌّ للحَجْرِ. وإسقاطُ الحقِّ كالكتابةِ، فلو كان متصرِّفًا لمولاه؛ لكان العُهْدَةُ عليه، ولأن الإِذْنَ يَصِحُّ معَ جهالةِ التَّصَرُّفَاتِ، فلو كان إنابةً وتوكيلًا لم يَصِحَّ؛ لأن جهالةَ المأمورِ به مانعةٌ لصحَّةِ الأمرِ، وإنما لم يَمْلِكِ المَأْذُونُ النِّكاحَ؛ لأن الإِذْنَ إنما يُعْتَبرُ فَكًّا للحَجْرِ فيما دخل تحتَ الإِذْنِ، لا فيما لم يَدْخُلْ كالكتابةِ، والداخلُ تحتَ الإِذْنِ هو التِّجَارَةُ وتوابعُها، والنِّكَاحُ ليس مِن قَبِيلِ التِّجَارَةِ، فلا يَمْلِكُها.

قالوا: تصَرُّفٌ مستفادٌ بالإذنِ مِن جهةِ آدَمِيٍّ، فوَجَبَ أن يَكُونَ مقصورًا علىٰ موضعِ الإِذْنِ؛ كالوَكَالَةِ، والمُضَارَبَةِ، والبِضَاعَةِ.

جوابُه: أن هذه الأشياءَ لا يَجُوزُ أن يَقَعَ الإِذْنُ فيها إلا في مالِ ربِّ المالِ، فجاز أن تَتَخَصَّصَ بتخصيصِه، والإِذْنُ في التِّجَارَةِ يَجُوزُ أن يَقَعَ غيرُ مختصٍّ بمالِه، فلَمَّا لم يَخْتَصَّ بمالِه؛ لم يَتَخَصَّصْ بتخصيصِه، بخلافِ ما إذا أَذِنَ له أنْ يَشْتَرِيَ ثوبًا لا للربحِ، بل للكسوةِ، أوْ طعامًا للقُوتِ، حيثُ لا يَكُونُ مأذونًا له في التِّجَارَةِ استحسانًا.

لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ فَيَثْبُتُ لَهُ الْوِلَايَةُ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ الْمِلْكُ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ يَخْلُفُهُ الْمَالِكُ فِيهِ.

غاية البيان

وفي القياسِ: يَكُونُ مأذونًا له؛ لأنه أَذِنَ في التِّجارَةِ.

غايةُ ما في البابِ: أنه خصَّ، والتخصيصُ لا يَعْمَلُ في الإِذْنِ عندَنا.

وَجْهُ الاستحسانِ: الضرورةُ والضيقُ علىٰ الناسِ؛ لأنه لو جُعِلَ مأذونًا له بهذا القدرِ؛ لضاق الأمرُ علىٰ الناسِ ووقَعُوا في حرَجٍ؛ لأنه لو ثبَتَ كونُه مأذونًا له بالإذنِ في شراءِ جَمْدٍ[1] أوْ بَقْلٍ بفَلْسٍ؛ لصحَّ إقرارُه حينَئذٍ علىٰ نفسِه بمالٍ عظيمٍ، حيثُ يَتْوَىٰ بذلك رقبتُه وكَسْبُه، فلا يَتجاسَرُ أحدٌ بعدَ ذلك علىٰ استخدامِ المَمْلُوكِ خوفًا مِن ذلك، فتتعَطَّلُ مصالِحُهم، فلهذه الضرورةِ لم يُجْعَلِ الإِذْنُ في كلِّ شيءٍ إِذْنًا عامًّا، بل جُعِلَ ذلك استخدامًا [٣١/٧و/م] وتوكيلًا.

والحاصلُ: أنه متىٰ [٣/٤٤ظ] فوَّضَ إليه عقودًا مكرَّرةً؛ كان ذلك إِذْنًا في التِّجارَةِ؛ لأن الربحَ يحصُل بِالعُقُودِ المكرَّرةِ، وإنْ فوَّضَ إليه عقدًا واحدًا لا يَتَكَرَّرُ؛ كان استخدامًا، ولم يَكُنْ إِذْنًا في التِّجارَةِ.

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: وبعضِ مشايخِنا سلَّم أن العبدَ المَأْذُونَ له في التِّجارَةِ مُتصرِّفٌ للمولىٰ، لكن معَ هذا لا يَصِحُّ التقييدُ؛ لأن العبدَ يَمْلِكُ التَّصرُّفَاتِ النافعةِ للمولىٰ؛ كقَبُولِ الهِبَةِ والاحتطابِ وأشباه ذلك.

وإنما لا يَمْلِكُ الدائرةَ[2] لمكانِ الضررِ، فمتىٰ أَذِنَ فقد رَضِيَ بذلك الضررِ،

---

(١) الجَمْدُ ـ بتسكين الميم ـ: ما جَمَدَ مِن الماء، فصار ثَلْجًا. وهو نَقِيضُ الذَّوْب، وهو مَصْدَر سُمِّيَ به. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) وقع بالأصل: «الدائرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ؛ لِأَنَّهُ اِسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكُسْوَةِ أَوْ طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونَ

غاية البيان

والمانعُ هو ضَرَرٌ لم يَرْضَ به، فمتى سَقَطَ المانعُ؛ التحقَ حينَئذٍ هذا بالتصرُّفاتِ النافعةِ، فكان بسبيلٍ منه، إلا أنه بَقِيَ هذا القدرُ أنه رَضِيَ بالضررِ مُقَيَّدًا بنوعٍ، وهذ التقييدُ باطلٌ؛ لأنه لا يُفيدُ؛ لأن الضررَ الذي يُتَوَهَّمُ لُحُوقُه بالمولى ليس إلا استحقاقَ رقبَتِه وكَسْبِه بالدَّيْنِ، وهذا أمرٌ لا يتفاوَتُ في حقِّ نوعٍ دونَ نوعٍ، ومتى أبطَلْنا التقييدَ بَقِيَ قولُه: «أذِنْتُ لك» فحسبُ، وهذا دليلٌ مُطْلَقٌ، فثَبَتَ مدلولُه مطلقًا».

قال شيخُ الإسلامِ: «وهي طريقةٌ حسنةٌ لبعضِ مشايخِنا ﵏»، والباقي يُعْلَمُ في نُسَخِ «**طريقة الخلاف**» والمَباسِيطِ إن شاء اللهُ تعالى.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «**مختصره**»[1]، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن يَكُونَ مأذونًا، وقد مَرَّ بيانُ ذلك قبلَ هذا.

قال الكَرْخِيُّ ﵀: «وذلك مثلُ أن يُرسلَه المولى ليشتريَ له ثوبًا، أو لحمًا بدراهمَ، أو قال: اشْتَرِ لي ثوبًا كسْوةً للمولَى، أو للعبيدِ، أوْ لبعضِ أهلِ المولى. أو أمَره أنْ يَشْتَرِيَ طعامًا رزْقًا للمولى، أو لأهْلِه، أوْ لعبْدِه؛ فليس هذا بإذْنٍ في التِّجَارَةِ في الاستحسانِ.

قال: أَلَا تَرَى أن هذا لو كان إذْنًا مِن المولَى في التِّجَارَةِ؛ لكان الرَّجُلُ إذا أمَر عبْدَه أنْ يَشْتَرِيَ له بقْلًا، فاشترى أنه كان يَنْبَغِي أن يَكُونَ هذا إِذْنًا منه في التِّجَارَةِ، وهذا قبيحٌ لا يَسْتَقِيمُ، وكذلك لو قال: اشْتَرِ لي مِن فلانٍ[2] ثوبًا فاقْطَعْهُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٤١].

(٢) وقع بالأصل: «فلانًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

يُسدُّ عليه بابُ الاستخدام، بخلاف ما إذا قال: أدِّ إليّ الغلّة كلّ شهرٍ كذا، أوْ قال: أدّ إليّ ألفًا وأنت حرٌّ؛ لأنّه طلب منه المال ولا يحصّله إلّا بالتّكسّب،

قميصًا، أو اشتر منه طعامًا فكُلْهُ ففعل؛ فليس هذا بإذنٍ، وهذا بمنزلة الأوّل»[1]. كذا ذكر الكَرْخِيُّ في «مختصره».

قوله: (بخلاف ما إذا قال: أدّ إليّ الغلّة كلّ شهرٍ كذا، أوْ قال: أدّ إليّ ألفًا وأنت حرٌّ).

قال شيخ الإسلام خُواهرْ زَاده رحمه الله [١/٣١٦ظ م] في «مبسوطه»: «وإذا قال الرّجُل لعبْدِه: أدِّ إليّ الغَلَّةَ كلَّ شهرٍ خمسةَ دراهم؛ كان هذا إذنًا له في التِّجَارةِ، بمنزلةِ قوله: أذنتُ لك في التِّجَارَةِ، وذلك لأنه أمره بأداءِ الغلّةِ كلَّ شهرٍ، ولا تتهَيّأُ له أداءُ الغلّةِ كلَّ شهرٍ إلا بالكسبِ، فصار كأنه قال له: اكتَسِبْ وأَدِّ إليَّ الغَلَّةَ، ولو قال: اكتسِبْ وأَدِّ إليَّ الغَلَّةَ؛ صار مأذونًا له في التِّجَارَةِ؛ لأن في التِّجَارَةِ اكتسابَ المالِ.

وكذلك لو قال: إنْ أديتَ إليَّ ألفًا فأنت حُرٌّ، فهذا إِذْنٌ له في التِّجَارَةِ؛ لأنه أمر بأداءِ الألفِ، وحَرَّضه [٣/٤٥و] على ذلك بتعليقِ العتقِ به، فبدونِ التحريضِ يكونُ مأذونًا، فبالتحريضِ أَوْلَى، وذلك لأنه لا يتَهَيَّأُ له أداءُ الألفِ إلَّا بعدَ الاكتسابِ، ولا يَعْتِقُ ما لم يُؤَدِّ الألفَ؛ لأنه عَلَّقَ عِتْقَه بأداءِ الألفِ؛ لأن «إذا» للشرط[2].

فإذا أَدَّىٰ الألفَ إلىٰ المولَىٰ، هل يَرْجِعُ عليه المولَىٰ بألفٍ آخرَ»؟

قال خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله: «قالوا: هذا علىٰ التفصيلِ: إنْ أَدَّىٰ ألفًا اكتسبه بعدَ هذه المقالةِ؛ عَتَقَ بها، ولم يَرْجِعِ المولىٰ عليه[3] بشيءٍ، وإذا أَدَّىٰ ألفًا كان عندَ العبدِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].

(٢) وقع بالأصل: «الشرط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «عليها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

أَوْ قَالَ اُقْعُدْ صَبَّاغًا أَوْ قَصَّارًا؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ بِشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لَهَا، وَهُوَ نَوْعٌ فَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِي الأَنْوَاعِ.

غاية البيان

حالَ ما قال له المولىٰ هذه المقالةَ، فإنه يَعْتِقُ بأدائِها، ويَرْجِعُ المولىٰ عليه بألفِ درهمٍ، وكذلك لو قال له المولىٰ: أَدِّ إِليَّ ألفًا وأنت حُرٌّ، فإنه يَصِيرُ مأذونًا لِمَا بَيَّنَّا. ولا يَعْتِقُ ما لم يُؤَدِّ».

قال خُوَاهَرْ زَادَه في شرْحِه: «هكذا ذكَر في الكتابِ، ولم يحْكِ فيه خلافًا»، يعني: ذكَر محمَّدٌ ﵀ هذه المسألةَ في كتابِ «المَأْذُون الكبير» بلا خلافٍ.

ثم قال خُوَاهَرْ زَادَه ﵀: «مِن مشايخِنا مَن قال: ما ذُكِرَ في الكتابِ قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵉، فأمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: يَعْتِقُ للحالِ قبلَ الأداءِ، وجعلوا هذه فرعًا لمسألةٍ ذكَرَها في كتابِ الطلاقِ، وهي أن المرأةَ إذا قَالَتْ لزَوْجِها: طلِّقْني ولك عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، فطَلَّقَها الزوجُ؛ يَقَعُ الطلاقُ بغيرِ شيءٍ، ولم تَتَعَلَّقِ الألفُ بالطلاقِ. وعندَهما: يتعَلَّقُ بالطلاقِ، فيَجِبُ أن يَكُونَ [هذا][1] علىٰ ذلك الخلافِ.

ومنهم مَن قال: بل ما قال في الكتابِ قولُهم جميعًا، فيَحْتاجُ أبو حَنِيفَةَ إلىٰ الفرقِ بينَ هذه وبينَ مسألةِ الطلاقِ.

والفرقُ: أن المتعلِّقَ بالأمرِ إنما هو الحُرِّيَّةُ ههنا، وتعليقُ الحُرِّيَّةِ بسائرِ الشروطِ جائزٌ، فجاز تعليقُها بالأمرِ، والمعلَّقُ في مسألةِ الطلاقِ هو المالُ، ولا يَجُوزُ تعليقُ المالِ بسائرِ الشروطِ، فلم يَجُزْ تعليقُه بالأمرِ أيضًا»، والباقي يُعْلَمُ في «مبسوط خُوَاهَرْ زَادَه».

قولُه: (لِأَنَّهُ إِذْنٌ بِشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لها، وَهُوَ نَوْعٌ)، أي: لأنَّ الأمْرَ بالقعودِ صبَّاغًا أو قصَّارًا؛ إِذْنٌ [٣٢/٧و/م] للعبدِ بشرائِه ما لا بُدَّ للصِّبَاغةِ والقِصَارةِ منه، وشراءُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ وَكَذَا بِالْوَدَائِعِ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَصِحَّ لَاجْتَنَبَ النَّاسُ مُبَايَعَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ. وَلَا

ـه لا بُدَّ نوعٌ مِن أنواعِ التِّجَارَةِ، فكان أمرًا وإذنًا في نوعٍ مِن أنواعِ التِّجَارَةِ، والإذْنُ في نوعٍ منها إذْنٌ في جميعِ الأنواعِ عندَنا؛ لوجودِ فَكِّ الحَجْرِ على ما مَرَّ.

قولُه: (قَالَ: وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1].

والأصلُ في هذا البابِ: أن إقرارَ العبدِ المأذونِ بِدَيْنِ التِّجَارَةِ جائزٌ، ولا يَجُوزُ إقرارُه بما ليس مِن التِّجَارَةِ؛ لأن الإقرارَ بِدَيْنِ التِّجَارَةِ ممَّا لا بُدَّ للتاجرِ منه، فيَصِيرُ داخلًا تحتَ الإِذْنِ، وما دخَل تحتَ الإِذْنِ؛ فالعبدُ في ذلك بمنزلةِ الحُرِّ، فأمَّا الإقرارُ بما ليس بتجارةٍ، وللتجارةِ منه بُدٌّ، فلا يَدْخُلُ تحتَ الإِذْنِ.

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ [٥٣٥هـ] في «شرح الكافي»: «إذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه في التِّجَارَةِ فما لَحِقَه مِن دَيْنِ التِّجَارَةِ، أَوْ غَصْبٍ، أَوْ وَدِيعَةٍ جحدَها، أو عَارِيَّةٍ جَحَدَها، أو دابَّةٍ عقرَها، أَوْ أَجَّرَ أجيرًا، أو مَهْرَ جاريةٍ اشتراها فوَطِئَها، فاسْتُحِقَّتْ؛ فهو عليه يُبَاعُ فيه إلا أنْ يفْدِيَه مولاه».

قال: «الأصلُ أن العبدَ المَأْذُونَ يُؤَاخَذُ بضمانِ التِّجَارَةِ، وما هو في معنى التِّجَارَةِ، سواءٌ كان بمُعاينةٍ، أَوْ بَيِّنَةٍ، أو إقرارٍ، أمَّا بالمُعاينةِ والبَيِّنَةِ: فظاهرٌ، وكذلك بالإقرارِ؛ لأنَّ الإقرارَ بالتِّجَارَةِ من ضروراتِ التِّجَارَةِ؛ لأنَّ التِّجَارَةَ قد تَقَعُ بغيرِ حضرةِ أحدٍ، فيَحْتَاجُ إلى أنْ يُخْبِرَ بذلك، فلو لم تُقْبَلْ؛ لامتنَع[2] الناسُ عن التِّجَارَةِ معَه، فلا يَحْصُلُ مقصودُ المولى مِن الإِذْنِ بالتِّجَارَةِ حينَئذٍ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٤١].

(٢) وقع بالأصل: «لا امتنع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دِينٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا كَانَ الْإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، ......

غاية البيان

أَلَا تَرَىٰ أن هذا في الحقيقةِ إخبارٌ عمَّا يَلْزَمُه بسببِ التِّجَارَةِ مِن تسليم [المَبِيعِ][1] أو لزومِ الثمنِ، ومَن ملَكَ شيئًا ملَكَ الإخبارَ به، وكذلك يَصِحُّ إقرارُه بضمانِ الغَصْبِ؛ لأنه في معنىٰ ضمانِ التجارةِ؛ لأنه ضمانٌ يُفيدُ المِلْكَ في مقابَلتِه، ولأنَّ التُّجَّارَ قد يُسْتَحَقُّ عليهم ما اشْتَرُوا، فيَتَبَيَّنَ أنهم وقعَوا في الغَصْبِ، فيُحتاجُ إلىٰ أنْ يُخْبِروا عن ذلك.

وكذلك قد يَخْفَىٰ عليهم وَدِيعَةٌ، أو عَارِيَّةٌ عندَهم، فيُنْكِرُونَها، ثم يُقِرُّون بها، فصار هذا كلُّه من جملةِ التِّجَارَةِ، وكذلك يُؤْخَذُ بضمانِ الاستهلاكِ.

وهذا علىٰ وجْهَيْنِ: إما أنْ يُقِرَّ باستهلاكِ مالٍ قبَضَه، أو باستهلاكِ مالٍ في يدِ الغيرِ، فإنْ أقَرَّ بقَبْضِ مالٍ واستهلاكِه بعدَ ذلك؛ فهو إقرارٌ بالغَصْبِ، فيُؤْخَذُ به، وإنْ أقَرَّ باستهلاكِ مالٍ ابتداءً، قالوا: علىٰ قياسِ أبي يوسفَ رحمه الله: لا يُؤْخَذُ به. وعندَ محمَّدٍ رحمه الله: يُؤْخَذُ به.

وأَصْلُه: أن ضمانَ الاستهلاكِ [٣٢/٧ظ/م] هل يُفيدُ المِلْكَ في المُسْتهلَكِ، عندَ محمَّدٍ رحمه الله: يُفيدُ، فيصير نظير ضمان التِّجَارَة فيُؤخذ به.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يفيد، فيصير نظير ضمان الجنايات، فلا يُؤْخَذ به في الحال في قول أبي يوسف رحمه الله، ويُؤْخَذ بمهر جارية اشتراها ووَطِئها، ثم اسْتُحِقَّتْ بِبَيِّنَةٍ أو إقرارٍ؛ لأنَّ هذا الضَّمَانَ تفَرَّع من الشراءِ، فإنه لولا الشراءُ لوجَبَ عليه الحَدُّ، وإنما لزِمَهُ العُقْرُ بسببِ الشراءِ، فلَمَّا كان وجوبُ العُقْرِ بسببِ الشراءِ؛ صار بمنزلةِ الثمنِ، والشراءُ داخلٌ تحتَ الإذْنِ، وما دخل تحتَ الإذنِ فالعبدُ والحُرُّ فيه سواءٌ[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقاسوا هذا علىٰ مسألة ذكَرها في كتاب «الصلح»: أن الدَّيْن إذا كان بين شريكَيْنِ، فأتلَف أحدُهما=

. . . .

بخلافِ ما إذا أقرَّ بمهرٍ بسببِ النِّكاحِ بغيرِ إذْنِ المولَىٰ، فإنه لا يُؤاخذُ به للحالِ، بل يتأخَّرُ إلىٰ ما بعدَ العتقِ كما قبلَ الإذْنِ؛ لأن هذا المَهْرَ لم يَجِبْ بسببِ هو تجارةٌ؛ لأن النِّكاحَ ليس بتجارةٍ، فإذا لزِمه الديونُ بهذه الأسبابِ؛ يُقْضَىٰ مِن كَسْبِه إنْ وفَّىٰ بها، وإلا تُباعُ رقبتُه بالدَّيْنِ، سواءٌ أكان دَيْنَ التِّجارةِ، أو الاستهلاكِ.

وعندَ الشَّافعيِّ ﷺ: لا تُباعُ رقبتُه إلَّا في دَيْنِ الاستهلاكِ[1]. وسَيَجِيءُ بيانُ الخلافِ بعدَ هذا إن شاء الله.

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في [٤٦/٣و] **«شرح الطَّحَاوِيِّ»**: «العبدُ لا يَخْلُو: إمَّا إن كان مأذونًا أو مَحْجُورًا عليه، فإنْ كان مَحْجُورًا عليه؛ فإنه يُؤَاخَذُ بأفعالِه دونَ أقوالِه إلا فيما يَرْجِعُ إلىٰ نفسِه؛ كالقِصاصِ، وحَدِّ الزِّنا، وحَدِّ الشربِ، وحَدِّ القذفِ؛ فإنه يَصِحُّ إقرارُه فيها، وحضورُ المولَىٰ ليس بشرطٍ، هذا إذا أقرَّ، فأمَّا إذا أُقِيمَتْ عليه البَيِّنَةُ فحَضْرةُ المولَىٰ شرْطٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ.

وعندَ أبي يوسفَ ﷺ: ليس بشرطٍ، ولو استهلكَ مالًا فإنه يُؤَاخَذُ به، مَحْجُورًا عليه كان أوْ مأذونًا له.

= متاعَ المدْيون، وصار قصاصًا بحِصّته، ليس للشريك أنْ يَرْجِعَ عليه برُبع الدَّيْن عند أبي يوسف، وعند محمد: له ذلك، وقد عُرِفَ ذلك في «المنظومة» وشروحها في قوله:

أَلْــفٌ عَلَــىٰ زَيْــدٍ لِعَمْــرٍو وَعُمَــر ✦ أَحْـرَقَ عَمْـرٌو ثَـوْبَ زَيْـدٍ بِشَــرَر

كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س». و«ن». وزاد بعد هذا البيت في «المنظومة»:

وَصَــارَ بِالــدَّيْنِ ضَــمَانُ قِيْــمَتِهْ ✦ لَــمْ يَتْبَعْــهُ عُمَــرُ بِحِصَّـــتَهْ

ينظر: «منظومة الخلاف» لأبي حفص النسفي [ق٩١/ب/ مخطوط ولي الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧٢)].

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٧٠/٥، ٣٧١]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٢٠٢/٣]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٥٥٧/٣].

فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ؛ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لَا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ؛ ....

غاية البيان

وأمَّا الإقرارُ بالجِنَايةِ التي تُوجِبُ الدفعَ أو الفداءَ: فإنه لا يَصِحُّ، سواءٌ أكان مأذونًا له أو مَحْجُورًا عليه، وأمَّا الإقرارُ بالدَّيْنِ، أو الغَصْبِ، أو الإقرارُ بعينٍ من في المَحْجُورِ لا يَصِحُّ، وفي المَأْذُونِ له يَصِحُّ، ويُؤَاخَذُ للحالِ.

والمَأْذُونُ له إذا أقَرَّ بمهرِ المرأةِ وصدَّقَتْهُ المرأةُ؛ فإنه لا يَصِحُّ في حقِّ المولَىٰ، ولا يُؤَاخَذُ إلا بعدَ الحُرِّيَّةِ.

ولو أقَرَّ بافتضاضِ المرأةِ بالأصبعِ؛ فعند أبي حنيفة ومحمَّدٍ رحمهما الله: هذا إقرارٌ بالجِنَايةِ، ولا يَصِحُّ إلا بتصديقِ المولَىٰ.

وعندَ أبي يوسفَ رحمه الله: هذا إقرارٌ بالمالِ فيصحُّ»[1]. كذا في «شرح الطَّحَاويِّ رحمه الله».

قولُه: (فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ؛ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ).

قال في آخرِ كتابِ المَأْذُونِ من «شرح الطَّحَاويِّ»: «وإذا أقَرَّ العبدُ المَأْذُونُ له في مرضِ موتِه بدَيْنٍ؛ جاز إقرارُه، إلا أن الدَّيْنَ الَّذي ثبتَ في [٧/٣٣٣و/م] الصحَّةِ. والدَّيْنُ الذي ثبتَ بالبيِّنَةِ أَوْلَىٰ، وما فضلَ مِن ذلك يُصْرَفُ إلىٰ وَلِيِّ الدَّيْنِ الَّذي ثبتَ بإقرارِه[2].

قولُه: (بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لَا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ)، يعني: إنْ أقَرَّ المَأْذُونُ بذلك ليس بجائزٍ حتَّىٰ لا يُؤَاخَذَ به في الحالِ، وذلك كالإقرارِ بمهرِ امرأتِه بسببِ النِّكَاحِ، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٤٦٧].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٤٦٩].

لِأَنَّهُ كَالمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ.

قَالَ: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ.

غاية البيان

قولُه: (فِي حَقِّهِ)، أي: في حقِّ ما يَجبُ من المال لا بسببِ التِّجَارَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يتزوّج)، أي: قال القُدُوريُّ ﵀ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يُزَوِّجُ مماليكَه»[1]، وذلك لأنَّ الإِذْنَ يتَناوَلُ ما هو من التِّجارَةِ، والنِّكَاحُ ليس بتجارةٍ، فَبَقِيَ على أصل الحَجْرِ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخيُّ ﵀ في «مختصره»: «قالُوا جميعًا: ليس للعبدِ المَأْذُونِ أنْ يتَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ مولاه؛ لأن هذا ليس مِن التِّجارَةِ، وليس ممَّا أَذِنَ فيه المولَى، ويُفرَّقُ بينَهما، ويُتْبَعُ بالمهرِ إذا أُعْتِقَ.

وقال أبو حَنِيفَةَ ومحمدٌ ﵄: ليس للمَأْذُونِ أنْ يُزَوِّجَ أَمَتَه ولا عبْدَه.

وقال أبو يوسفَ ﵀: يَجُوزُ نكاحُه لأَمَتِه، ولا يَجُوزُ نكاحُه لعَبْدِه»[2]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ، وَالْمُضَارِبُ، وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ، وَالْأَبُ، وَالْوَصِيُّ)، يعني: أن هؤلاء المذكورِين لا يَمْلِكون تزْوِيجَ العبدِ بالاتِّفاقِ، ويَمْلِكون تزويجَ الأَمَةِ [٦/٣٠٤ظ] عندَ أبي يوسفَ.

وعندَهما: لا يَمْلِكُونَ تزْوِيجَها أيضًا.

وقال الكَرْخِيُّ ﵀ في كتابِ الشَّرْكَةِ مِن «مختصره» في بابِ ما يَجُوزُ لأحدِ شَرِيكَيِ العِنَانِ أن يَعْمَلَهُ: «ولا يُزَوِّجُ عبدًا ولا أَمَةً في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﵄.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٤١].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٠].

قَالَ: وَلَا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: يُزَوِّجُ الْأَمَةَ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ الْمَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا: أَنَّ الْإِذْنَ تَضَمَّنَ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ

غاية البيان

وقال أبو يوسف ﵀: يُزَوِّجُ الأمة خاصَّةً»[1].

وقد ذَكَرْنا الروايةَ عن «شرح الكافي» في كتاب المُضاربة: أن المُضارِب يَجُوزُ له تزويجُ الأَمَةِ عند أبي يوسف ﵀، ولا يجوزُ عندهما.

وقد بَيَّنَّا قبلَ هذا في باب ما يجُوزُ للمُكاتب أن يفعلهُ رواية «الجامع الصغير»[2]: أن الأبَ إذا زَوَّجَ عبد ابنه لم يجُز، وإنْ زوّج أمة ابنه فهو جائزٌ، والوَصِيُّ بهذه المنزلةِ.

فَعُلِمَ: أن تَزوِيجَ الأبِ أو الوَصِيِّ أمة الصغيرِ يجُوزُ بلا خلافٍ.

وقال الحاكمُ الشهيدُ في كتابِ النِّكَاحِ مِن «مختصره الكافي»: «وللأب أنْ يُزَوِّجَ أَمَةَ ابنِه الصغيرِ، وكذلك الوَصِيُّ، وللمُكَاتَبِ أنْ يُزَوِّجَ أمَتَهُ، وليس للعبدِ المَأْذُونِ ولا للصبيِّ المَأْذُونِ له في التِّجَارةِ أنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﵄؛ لأنه ليس مِن التِّجَارَةِ، وكذلك المُضَارِبُ والشريكُ [٢٣٠/ظ م] شَرِكَةَ عِنَانٍ، ويَجُوزُ ذلك في قولِ أبي يوسفَ ﵀»[3]. إلى هنا لَفْظُ الحاكمِ ﵀.

فَعُلِمَ بذلك أيضًا: أن تَزْوِيجَ الأبِ والوَصِيِّ أَمَةَ الصغيرِ جائزٌ بلا خلافٍ.

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ ﵀ في بابِ نِكَاحِ العبيدِ والإماءِ مِن «شرح الكافي» الذي هو «مبسوطه»: «وإذا زوَّجَ الأبُ أَمَةَ ابنِه وهو صغيرٌ؛ فذلك جائزٌ، وكذا الوَصِيُّ إذا زوَّجَ أَمَةَ اليَتِيمِ، وكذلك المُكَاتَبُ إذا زوَّجَ أَمَتَهُ، وكذلك

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٧].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٠].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٤٧].

بِتِجَارَةٍ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الْعَبْدِ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ وَالْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ.

غاية البيان

الْمُفَاوِضُ إذا زوَّجَ أَمَتَهُ مِن الشَّرْكَةِ؛ لأن تَزْوِيجَ الأَمَةِ مِن عُقُودِ الاكتسابِ، فإنه يكْتَسِبُ به المَهْرَ، وتَسْقُطُ نفقَتُها عنه، وهؤلاء الأربعةُ يَمْلِكون الاكتسابَ.

أمَّا المُكَاتَبُ: فهو منفَكٌّ الحَجْرَ عنه في اكتسابِ المالِ.

أمَّا الأبُ والوَصِيُّ: فإنهما أُمِرَا بالنظرِ لليَتِيم، وعقْدُ اكتسابِ المالِ مِن النظرِ.

وأمَّا المُفَاوِضُ: فلأنَّهُما عقَدَا المُفَاوَضَةَ لاكتسابِ المالِ، ولا يَمْلِكُ هؤلاء تَزْوِيجَ العبدِ؛ لأنه ليس فيه اكتسابُ المالِ، بل فيه تغْيِيبُ العبدِ، وشُغْلُ رقبَتِه بالمهرِ والنَّفَقَةِ مِن غيرِ منفعةٍ لهم في ذلك»[1].

فَعُلِمَ بذلك: عدمُ الخلافِ في تزْوِيجِ الأبِ والوَصِيِّ.

فثَبَتَ مِن هذه الرواياتِ الصحيحةِ المعتمَدِ عليها: أن فيما ذكرَ صاحبُ «**الهداية**» ﷺ في هذا المقامِ مِن الخلافِ بينَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ وبينَ أبي يوسفَ ﷺ في تزْوِيجِ الأبِ والوَصِيِّ أَمَةَ الصغيرِ نظرًا.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في بابِ نِكَاحِ الرقيقِ مِن «**مختصره**»: «وأمَّا رقيقُ المُكاتَبِينَ: فلهم أنْ يُزَوِّجُوا الإماءَ دونَ العبيدِ، وكذلك الأبُ، والجدُّ، ووَصِيُّ [٣/٤٧و] الأبِ، ووَصِيُّ الجَدِّ في رقيقِ الصغيرِ، وكذلك المُفاوضانِ في رقيقِ تجارتِهما، يَجُوزُ تزْوِيجُهما الإماءَ، ولا يَجُوزُ في العبيدِ.

فأمَّا المَأْذُونُ والشريكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ والمُضَارِبُ: فإنه لا يَجُوزُ تزْوِيجُهم في عبْدٍ ولا أَمَةٍ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ؛ لأن ذلك ليس مِن التِّجَارَةِ، ويَجُوزُ

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيّ [٥/١٢١ ـ ١٢٢].

قَالَ: وَلَا يُكَاتِبُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَالْبَدَلُ فِيهِ مُقَابِلٌ بِفَكِّ الْحَجْرِ فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْمَوْلَىٰ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ

﴿ غاية البيان ﴾

عندَ أبي يوسفَ ﵀ في الإماءِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

وقد ذكرَ صاحبُ «الهداية» ﵀ نفسُه أيضًا بلا خلافٍ في كتابِ المُكَاتَبَةِ: أن تزْوِيجَهُما أَمَةَ الصغيرِ جائزٌ، وذلك هو الصحيحُ. لا ما ذكرَه في هذا المقامِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يُكَاتِبُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يُعْتِقُ علىٰ مالٍ، ولا يَهَبُ بعِوَضٍ، ولا بِغيرِ عِوَضٍ، إلا أنْ يهْدِيَ اليَسِيرَ مِن الطعامِ، أو يُضَيِّفَ مَن يُطْعِمُه[2]»[3]. وفي بعضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ: «أَوْ يُضَيِّفَ مَن يعامِلُه[4]»[5]. وهو المُثْبَتُ في «شرح الأقطع».

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٩٠].

(٢) هذا لفْظ المطبوع مِن «مختصر القُدُوري»، وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خَطِّية مِن «المختصر»، منها: [ق ١١٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق ٧٩/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق ٦٤/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق ٥٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

وعلىٰ هذا اللفظ: شَرَحَ: أبو نصر الأقطع في «شرْح القُدوريّ» [٢/ق ٢٣٠/أ/ مخطوط مكتبة كتبخانة مجلس شورىٰ ـ إيران/ (رقم الحفظ: ١٤٢٣٥)]، وخُوَاهَرْ زَادَه في «شرْح القُدوريّ» [ق ١٢١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وأبو الرجاء الزَّاهِدِيُّ في: «المُجْتَبىٰ شرْح مختصر القُدوريّ» [ق ٢٣٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]، وصاحبُ: «اللباب في شرْح الكتاب» [٢/٢٢٤]، و«خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُوريّ» لحسام الدين الرازي [٢/٥٩١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٤١].

(٤) وفي بعض النُّسَخ: «أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يَصِلُه» وهذا الذي شَرَح عليه صاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُوريّ» [٢/٢٤١].

(٥) وهذا هو الثابت في النسخة «شرح مختصر القُدُوريّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ق٢٤٧/أ/ مخطوط=

أَبِي حَنِيفَةَ قَدْ مَلَّكَهُ وَيَصِيرُ الْعَبْدُ نَائِبًا عَنْهُ وَيُرْجِعُ الْحُقُوقَ إِلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

غاية البيان

وإنما لم [٣٤/٧و/م] يَمْلِكِ المَأْذُونُ الكِتَابَةَ؛ لأنه لا يَمْلِكُ إلا ما هو تجارةٌ، أَوْ مِن توابعِ التِّجَارَةِ، والكِتَابَةُ ليست بتجارةٍ؛ لأن التِّجَارَةَ مبادلةُ المالِ بالمالِ، ولم يوجَدْ ذلك في الكِتَابَةِ؛ لأن البدلَ فيها مقابَلٌ بفَكِّ الحَجْرِ، ولأن مَن مَلَك شيئًا يَمْلِكُ ما هو مِثْلُه أَوْ دونَهُ، ولا يَمْلِكُ ما هو فوقَهُ، والإطلاقُ في الكِتَابَةِ فوق الإطلاقِ بالإذنِ؛ لأن الإطلاقَ في الكِتَابَةِ لازمٌ لا يَرِدُ الحَجْرُ عليه، وفي المَأْذُونِ غيرُ لازمٍ، ولهذا يَرِدُ الحَجْرُ عليه.

فإنْ كاتَبَهُ وأجازَه مولاه جاز إنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ؛ لأن المولَى يَمْلِكُ ذلك بنفسِه؛ لأنه عبْدُه، فيَمْلِكُ إجازتَه أيضًا، وحقُّ قَبْضِ بدلِ الكِتَابَةِ إلى المولَى؛ لأن العبدَ كالوَكِيلِ مِن قِبَلِ المولَى، والوَكِيلُ في بابِ الكِتَابةِ رسولٌ، فلا يلِي شيئًا مِن حقوقِ العقدِ؛ لأنه لا يَسْتَغْنِي عن إضافةِ العقدِ إلى المُوَكِّلِ.

قال في «**الكفاية**»: «لا يَبْرَأُ المُكَاتَبُ بقَبْضِ العبدِ إلَّا إذا وكَّلَه المولَى بقَبْضِه، وإنْ كان على العبدِ دَيْنٌ لَمْ تَجُزْ إجازةُ المولى؛ لأنه تعلَّقَ به حقُّ الغُرَماءِ؛ ولا يَمْلِكُ الإعتاقَ على مالٍ أيضًا؛ لأنه إذا لم يَمْلِكِ الكِتَابةَ؛ لأنها ليست بتجارةٍ، فلَأَنْ لا يَمْلِكَ الإعتاقَ على مالٍ لهذا المعنى أَوْلَى؛ لأنه تصَرُّفٌ ضارٌّ؛ لأن فيه إزالةَ المِلْكِ للحالِ بدَيْنٍ في ذِمَّةِ المُفْلِسِ، فلعلَّه يَحْصُلُ، ولعلَّهُ لا يَحْصُلُ، وفي الكِتَابةِ لا يَزُولُ المِلْكُ ما لم يُوجَدْ أداءُ جميعِ بدلِ الكِتَابةِ؛ لأن المُكَاتَبَ عبْدٌ ما بَقِيَ عليه درهمٌ».

= مكتبة مكة المكرمة /رقم الحفظ: (٥٧)]. وكذا في النسخة التي شرَحَ عليها العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق ١٢٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]، وأشار الناسخ في الحاشية إلى أنه وقع في نسخةٍ أخرى: «مَن يُطْعمه».

قَالَ: وَلَا يُعْتِقُ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ فَالْإِعْتَاقُ أَوْلَى ولا يُقْرِضُ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحضٌ كَالْهِبَةِ. وَلَا يَهِبُ بِعِوَضٍ وَلَا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وكذا لا

﴿ غاية البيان ﴾

قال في «شرح الكافي»: «ولو أجازَه المولَى إن لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ جاز، وإن كان عليه دَيْنٌ جاز، ويَضمَنُ الأقلَّ مِن قيمتِه ومِن دَيْنِه للغُرَمَاءِ، وإن كان غيرَ مُسْتغرِقٍ فعندَهما كذلك، وعندَ أبي حَنِيفَةَ: لا تُعْتَبَرُ إجازتُه؛ لأنه لا مِلْكَ له فيه. ولا يملِكُ الهِبَةَ بعِوَضٍ ولا بغيرِ عِوَضٍ؛ لأنها إن كانت بغيرِ عِوَضٍ؛ فهي تَبَرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً، وإن كانت بعِوَضٍ [٣/٤٧ظ]؛ فهي تَبَرُّعٌ ابتداءً مُعَاوَضَةٌ انتهاءً، فلا يَمْلِكُ المأذُونُ له في التِّجارَةِ التبرُّعَ؛ لأنه ليس بداخلٍ تحتَ الإِذْنِ، وكذا لا يَمْلِكُ التصَدُّقَ والإقراضَ؛ لأن كلَّ ذلك تَبَرُّعٌ.

وكان القياسُ: ألَّا يَمْلِكَ إلا هذا بشيءٍ يَسِيرٍ مِن الضِّيَافَةِ والطعامِ بشيءٍ يَسِيرٍ؛ لأنه تَبَرُّعٌ أيضًا، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، إلا أن علماءَنا استحسنوا في القليلِ مِن الطعامِ الذي يَفْعَلُ مثلَهُ التُّجَّارُ؛ لأنه مِن عادةِ التُّجَّارِ أنْ يُطْعِمُوا أوْ يُضَيِّفُوا ترغيبًا للمعاملين، والإِذْنُ يَقَعُ فيما يَعْتَادُه التُّجَّارُ، واللهُ أعلمُ».

فأمَّا الكثيرُ: فلا يوجَدُ فيه هذا المعنَى، فلم يَجُزْ فِعْلُه، وقد رُوِيَ: «أَنَّ سَلْمَانَ ﷺ أَهْدَى لِرَسُولِ اللهِ [٧/٣٤ظ/م] ﷺ وَهُوَ مَمْلُوكٌ، فَأَكَلَ وَأَكَلَ أَصْحَابُهُ مَعَهُ»[1].

وعن عُمَرَ ﷺ: أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْعَبْدِ يَتَصَدَّقُ، فَقَالَ: «بِالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ»[2].

---

(١) أخرجه: أحمد في «المسند» [٥/٤٣٩]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٢/٢٠]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٦/٢٢٢]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢/٨]، من حديث عن ابن عبَّاسٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي سَلْمَانُ الْفَارِسِيُّ ﷺ به نحوه في سياق قصة.

قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٧/٥١٣].

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/١٠٢٧٠]، وأبو عبيد في «الأموال» [٣/٥٥]، عن عُمَرَ بنِ الْخَطَّابِ ﷺ به.

يَتَصَدَّقُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ [١٤٦/و] اِبْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوْ اِبْتِدَاءً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ.

قَالَ: إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ، أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ

غاية البيان

كذا في «شرح الأقطع»[1].

قال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في شَرْحِ كتابِ «المَأْذُون الكبير» مِن «الأصل»: «لم يُقَدِّر محمدٌ رحمه الله في الكتابِ مقدارَ ما يُتَّخَذُ مِن الضِّيَافَةِ، أنه بأيِّ قَدْرٍ يُتَّخَذ؟ إلَّا أنه رُوِيَ عن محمَّدِ بنِ سلمةَ رحمه الله: أن ذلك علىٰ قَدْرِ مالِ تجارتِه، فإنْ كان مالُ تجارتِه مثلًا عشرةَ آلافِ درهمٍ فاتَّخَذَ ضيافةً مقدارَ عشرةِ دراهمَ كان يَسيرًا، وإن كان مالُ تِجارته عشرةُ دراهمَ؛ كان دَانَقٌ كثيرًا».

ثم قال خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله فيه: قالوا: أَمَّا قَيِّمُ الدارِ ـ وهي الزوجةُ ـ أوِ الأَمَةُ؛ فإنها تُطْعِمُ وتتصَدَّقُ بالمطعومِ علىٰ الرسْمِ والعادةِ مِن غيرِ سَرَفٍ، وإنْ لم يَأْذَنْ لها الزوجُ أوِ المولَىٰ بذلك؛ لِمَا فيه مِن العُرْفِ بينَ الناسِ بهذا القدرِ، وقد رُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه: «أَنَّهُ سُئِلَ هَل يَتَصَدَّقُ العَبْدُ؟ قَالَ: «بِالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ»[2].

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «العبدُ المَأْذُونُ له يَمْلِكُ التبرُّعاتِ اليَسِيرَةِ حتَّىٰ يَمْلِكَ التصَدُّقَ بما دُونَ الدرهمِ، ولا يَمْلِكُ التصَدُّقَ بالدرهمِ، ويَمْلِكُ اتِّخاذَ الضِّيَافَةِ والإهداءِ، وهذا ليس بمُقَدَّرٍ بدرهمٍ، بل بما يَعُدُّه التُّجَّارُ سَرَفًا، ويَمْلِكُ الذي لا يَعُدُّونه سَرَفًا في المأكولاتِ، حتَّىٰ لا يَمْلِكَ الإهداءَ في غيرِ المأكولاتِ، ونقَلَه عن كتابِ الشِّرْكَةِ مِن بابِ خصومةِ المُتَفَاوِضين»[3].

قولُه: (قَالَ: إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ، أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ)، أي:

(١) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيِّ» للأقطع [١/ق٢٤٧].

(٢) مضىٰ تخريجه آنفًا.

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣٢٣].

ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ اِسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، بِخِلَافِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ لَهُ أَصْلاً فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْطَاهُ الْمَوْلَى قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بَعْضَ رُفَقَائِهِ عَلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْطَاهُ قُوتَ شَهْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَكَلُوهُ قَبْلَ الشَّهْرِ لِتَضَرُّرٍ بِهِ الْمَوْلَى. قَالُوا: وَلَا بَأْس لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْهُ فِي الْعَادَةِ. قَالَ: وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِالْعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ

قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وقد مَرَّ بيانُه، وهذا استثناءٌ مِن قوله: (وَلَا يَهَبُ).

قولُه: (لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ)، أراد بهم[2]: المُعامِلين مع المَأْذُونِ له مِن التُّجَّارِ[3].

قال المُطَرِّزِيُّ: «المُجاهِزُ عندَ العامَّةِ: الغَنِيُّ مِن التُّجَّارِ، فكأنَّهُ أُرِيدَ: المُجَهِّزُ، وهو الذي يَبْعَثُ التُّجَّارَ بالجِهَازِ، وهو فاخرُ المتاعِ، أوْ يُسافِرُ[4]، فحُرِّفَ إلى المُجاهِزِ»[5]. كذا في «المغرب».

قولُه: (قَالُوا)، أي: قال المتأخِّرون مِن مشايخِنا.

قولُه: (قَالَ: وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِالْعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ) [٣/٤٤٨و]، أي: قال في «الجامع الصغير».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٤١].

(٢) وقع بالأصل: «أراد به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «التِّجَارَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «ويسافر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٥) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٧١/١].

صَنِيعِهِمْ، وَرُبَّمَا يَكُونُ الْحَطُّ أَنْظُرُ لَهُ مِنْ قَبُولِ الْمَعِيبِ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَطَّ مِنْ غَيْرِ عَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ بَعْدَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَلَيْسَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلَا كَذَلِكَ الْمُحَابَاةُ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّلَ فِي دَيْنٍ وَجَبَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ.

غاية البيان

وصورةُ المسألةِ في «**الجامع الصغير**»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يَأذَنُ لعبْدِه في التِّجَارَةِ، فيَبِيعُ عبدًا بألفِ درهمٍ، ثم يَحُطّ مِن الثمنِ شيئًا، قال: إذا حَطَّ مِن الثمنِ مثلَ ما يَحُطّ التُّجَّارُ في [التِّجَارَةِ][1] بعيبٍ؛ فهو جائزٌ»[2]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

اعلم: أن الحَطَّ على وجْهَيْنِ: حَطٌّ بغيرِ عيبٍ، فذلك باطلٌ لوقوعِه تبرُّعًا، وحَطٌّ بعيبٍ يَطْعَنُ به المُشْتَرِي [٧/٣٥و/م]، وذلك باطلٌ أيضًا قياسًا لِمَا قُلنا، وجائزٌ استحسانًا؛ لأنه أمْرٌ لا بُدَّ للتُّجَّارِ منه إذا حَطَّ مثلَ ما يَحُطُّ التُّجَّارُ؛ لأنه مِن صنيعِهم.

أمَّا إذا حَطَّ ما لا يَحُطُّ التُّجَّارُ في العيبِ مثلَهُ؛ فلا يَجُوزُ لعدمِ الحاجةِ إليه، كما إذا حَطَّ مِن غيرِ عيبٍ، هذا إذا باع ثم حَطَّ مِن الثمنِ.

فأمَّا إذا باع بِالمُحَابَاةِ الفَاحِشَةِ ابتداءً: فإنه يَجُوزُ عندَ أبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأن الوَكِيلَ بالبيعِ يَمْلِكُ البَيْعَ بِالغَبْنِ الفاحشِ عندَه، فلَأَنْ يَمْلِكَ المَأْذُونَ له ذلك أَوْلَى؛ لأن تصرُّفَهُ ليس بسبيلِ النِّيَابَةِ، بل بأهْلِيَّةِ نفسِه لنفسِه، ولهذا لا يَرْجِعُ بِالعُهْدَةِ على المولَى، والقياسُ والاستحسانُ ذكَرهما فخرُ الإسلامِ ﷺ في «**شرح الجامع الصغير**».

قولُه: (وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّلَ فِي دَيْنٍ وَجَبَ لَهُ)، ذكَره تفريعًا.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» في أوَّلِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٣ - ٤٦٤].

قَالَ: وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ، تُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى.

غاية البيان

بابِ تأخيرِ العبدِ المَأْذُونِ: «وإذا وَجَب للعبدِ التَّاجِرِ على رَجُلٍ ألفُ درهمٍ مِن ثمنِ بَيْعٍ، أو غصْبٍ، أَوْ غيرِ ذلك، وأَخَّرَ العبدُ عنه سَنَةً؛ فهو جائزٌ؛ لأنه مِن صنيعِ التُّجَّارِ؛ لأن التَّاجِرَ قد يَكُونُ له على غيرِ المَلِيءِ دَيْنٌ لو لم يُمْهِلْهُ وطالبَهُ بدَيْنِه؛ لا يَتَمَكَّنُ مِن الكسبِ.

وإنْ أمهَلَه أيامًا يتَمَكَّنُ مِن الكسبِ؛ فيَكُونُ ذلك طريقًا لخروجِ دَيْنِه عادةً، وقدَ أَمَر اللهُ تعالى بذلك، ولأنه متى كان هكذا؛ كان مِن ضروراتِ التِّجَارَةِ، فدخَلَ تحتَ الإِذْنِ، ولو صالَحه على أن أَخَّرَ عنه بعضَه، وحَطَّ عنه بعضَه؛ كان الحَطُّ باطلًا، والتأخيرُ جائزًا؛ لأن الحَطَّ تَبَرُّعٌ، والتأخيرَ إن كان تبرُّعًا ـ ولكنه مِن صنيعِ التُّجَّارِ ـ فأشبه الضِّيَافَةَ، والهَدِيَّةَ اليَسِيرَةَ».

قولُه: (قَالَ: وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ، تُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»[1].

قال صاحبُ «**الهداية**» رحمه الله: (**وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رحمهما الله: لَا يُبَاعُ**[2]**، وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دَيْنِهِ بِالْإِجْمَاعِ**).

وقال في «**شرح الأقطع**» و«**مختصر الأسرار**»: «وقال الشَّافِعِيُّ رحمه الله: ديونُه متعلِّقةٌ بذِمَّتِه، ويُسْتَوْفَى بما في يدِه من المالِ، ولا يُسْتَوْفَى مِن كَسْبِه، ولا تُباعُ رقبتُه»[3].

وقال في «**طريقة البرهانية**»: «وأجمَعُوا على أن الرَّقَبَةَ تُباعُ في دَيْنِ الاستهلاكِ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].

(٢) مضى تخريج قول الشافِعِيّ في عدم جواز بَيْع رقبة العبد المَأْذُون في الدَّيْن.

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٣٨].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يُبَاعُ وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دِينِهِ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى مِنَ الْإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَمْ يَكُنْ لَا تَفْوِيتَ مَالٍ قَدْ كَانَ لَهُ، وَذَلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنْ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لَهُ لَا بِالرَّقَبَةِ،

غاية البيان

وقال الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالِمُ في «طريقة الخلاف» [٣/٤٨ظ]: «قال علماؤنا: رقبةُ العبدِ المَأْذُونِ تُباعُ بدَيْنِ التِّجَارَةِ، وقال الشَّافِعِيُّ ﷺ: لا تُباعُ».

ثم قال فيها: «وعلى هذا الخلافِ: أرْشُ يدِ العبدِ، وما اكتَسَبه العبدُ مِن الصيدِ والحَطَبِ والحشيشِ عندَنا: يُصْرَفُ إلى الدَّيْنِ، وعندَه: لا يُصْرَفُ»[١].

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره» في أوَّلِ بابِ الدَّيْنِ يَلْحَقُ المَأْذُونَ في التِّجَارَةِ: «قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: ما يَلْحَقُه مِن دَيْنٍ مِن شراءٍ [٧/٣٥ظ/م]، أوْ بَيْعٍ، أو استئجارٍ استأجَرَه، أوْ غَصْبٍ، أو وَدِيعَةٍ، أوْ مُضَارَبَةٍ [أوْ بضَاعَةٍ][٢]، أو عَارِيَّةٍ بجحودِهِ شيئًا مِن ذلك، أوْ دابَّةٍ عَقَرَها، أو ثوبًا أحرَقَه، أو مَهْرَ جاريةٍ اشتراها فوَطِئَها فاسْتُحِقَّتْ؛ فذلك كلُّه لازمٌ له يُباعُ فيه، إلا أنْ يَفْدِيَه مَولاه، فإنْ بِيعَ في ذلك اقتسَم غرماؤُه ثمنَه بالحِصَصِ على قَدْرِ ديونِهم بإقرارٍ، كان ذلك مِن العبدِ أوْ بِبَيِّنَةٍ، فأُثْبِتَ عليه بذلك»[٣]. إلى هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ. وبيانُ ذلك مَرَّ عندَ قولِه: (وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ).

وقال الكَرْخِيُّ أيضًا في آخرِ هذا البابِ: «وإذا أقَرَّ العبدُ بجنايةٍ على عبْدٍ، أوْ حُرٍّ، أو بمهرٍ وَجَب عليه بِنِكَاحٍ جائزٍ، أو فاسدٍ، أوْ وَجَب عليه بشبهةِ نِكَاحٍ؛ فإقرارُه باطلٌ لا يَلْزَمُهُ حتَّى يَعْتِقَ، فإنْ صَدَّقَه المولى جاز عليه، ولم يَجُزْ على الغُرَمَاءِ، وإنْ قامَتْ على العبدِ بَيِّنَةٌ بذلك، وأنه تزَوَّج بإذْنِ مولاه امرأةً؛ لزِمَهُ المَهْرُ

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤٦٣].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٤].

بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ ، وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالْجِنَايَةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِذْنِ. وَلَنَا: أَنَّ الْوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ اِسْتِيفَاءً كَدَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ النَّاسِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ

❁ غاية البيان ❁

تَحاصُّ به المرأةُ الغُرَمَاءَ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُه ﷺ.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ والشَّافعيِّ ﷺ: أن الرَّقَبَةَ خالصُ مِلْكِ المولَىٰ ، فلا يَتَعَلَّقُ بها حقٌّ إلَّا بتعليقِ المولَىٰ ، فلم يُوجَدِ التعليقُ من المولَىٰ ، لا صريحًا ولا دلالةً.

أمَّا صريحًا: فظاهرٌ. وأمَّا دلالةً: فلأنَّ الغرَضَ مِن الإِذْنِ تحصيلُ شيءٍ لم يَكُنْ لا إتواءَ شيءٍ كان ، [و][2] ذلك في تعليقِ الدَّيْنِ بالكسبِ ، فإنه علىٰ ما عليه الأصل يَفِي بالدَّيْنِ ، ولا يَجِبُ عليه الدَّيْنُ إلا بإزاءِ مالٍ يَحْصُلُ له بالشراءِ ، فتعلَّقَ بالكسبِ ، وهو أَوْلَىٰ بالتعليقِ ؛ لأنه حصَلَ بسببِ هذه التِّجَارَةِ.

فأمَّا الرَّقَبَةُ: فلَمْ يَحْصُلْ بالتِّجَارَةِ[3] ، ولا وُجِدَ مِن المولَىٰ إِذْنٌ في التعليقِ بها ، فلا يُتَعَلَّقُ بها.

فأمَّا دَيْنُ الاستهلاكِ: فلا يُضاهِي دَيْنَ التِّجَارَةِ ؛ إذْ لا حاجةَ إلىٰ إِذْنِ المولَىٰ أو تعليقِه[4] بها ، ودَيْنُ التِّجَارَةِ يَتَعَلَّقُ باعتبارِ الإِذْنِ ، فيَخْتَصُّ بمحلٍّ يُعَيِّنُه المولَىٰ ، وهو الكسبُ.

ولنا: أنه دَيْنٌ واجبٌ علىٰ العبدِ ، ظَهَرَ وجوبُه في حقِّ المولَىٰ ، فيتعَلَّقُ برقبَتِه قياسًا علىٰ دَيْنِ الاستهلاكِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «التِّجارَة». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

(٤) وقع بالأصل: «وتعليقه». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«فا» ، و«غ» ، و«ر».

سَبَبُهُ التِّجَارَةُ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْإِذْنِ، وَتَعَلُّقُ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ اِسْتِيفَاءً حَامِلٌ عَلَى الْمُعَامَلَةِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ صُلُحَ غَرَضًا لِلْمَوْلَى، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ بِدُخُولِ الْمَبِيعِ فِي مِلْكِهِ، وَتَعَلُّقُهُ بِالْكَسْبِ لَا يُنَافِي تَعَلُّقَهُ بِالرَّقَبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْكَسْبِ فِي الِاسْتِيفَاءِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ وَإِبْقَاءً لِمَقْصُودِ الْمَوْلَى، وَعِنْدَ اِنْعِدَامِهِ يُسْتَوْفَى مِنْ الرَّقَبَةِ. [١٤٦/و]

غاية البيان

أَمَّا وجوبُه على العبدِ: فظاهرٌ. **وأَمَّا ظهورُه في حقِّ المولَى:** فلأنَّ سببَ الدَّيْنِ وهو التِّجَارَة بإِذْنِ المولَى، فكان ظاهرًا في حق المولى لا محالة، فإذا ظهَر في حق المولى؛ تعَلَّق برقبته استيفاء، كما في دَيْن الاستهلاك، بخلاف ما إذا أقَرَّ المَحْجُور، حيث يَثْبُت الدَّيْن عليه، ولا يظهر في حق المولى لعدم إِذْنه، وذلك لأن الدَّيْن لا بُدَّ له مِن محلٍّ يَسْتَوْفِي منه [٤٩/٣و]، فأقربُ المَحالِّ إليه استيفاءُ رقبَتِه، فإنه وَجَب عليه، وهو مالٌ صالحٌ للاستيفاءِ منه.

ومعنى **قولِ الفقهاءِ** ﷺ: «وَجَب عليه ووَجَبَ في ذِمَّتِه» أن الآدَمِيَّ يَصيرُ محلًّا للوجوبِ عليه بوَصْفِ [٣٦/٧و/م] الذمَّةِ، وأنه عبارةٌ عن العهدِ.

ويَعْنون به: أن العهدَ مِنَ اللهِ تعالى لَمَّا وُجِدَ في حقِّ الآدَمِيِّ، وحَمَّله أمانته، وخَصَّه مِن بينِ سائرِ الحيواناتِ، بأنْ جعَلَه محلًّا للإيجابِ عليه، فإنه بالمعنى الذي صار محلًّا لوجوبِ حقوقِ اللهِ تعالى؛ صار به أيضًا محلًّا لوجوبِ حقوقِ الناسِ، فإذا وَجَب عليه وهو مالٌ؛ صار محلًّا للاستيفاءِ منه، فيُسْتَوْفَى منه. هكذا في «**إشارات الأسرار**».

أوْ نقولُ: إنه دَيْنٌ وَجَب على العبدِ بسببِ عَقْدٍ أَذِنَ فيه المولَى، فجاز أن يُسْتَوْفَى مِن كَسْبِه كالنفقةِ والمَهْرِ.

أو نَقُولُ: دَيْنٌ يَصِحُّ[1] المطالبةُ به حالةَ الرِّقِّ، فوَجَبَ أنْ يُسْتَوْفَى مِن رقبَتِه،

(١) وقع بالأصل: «فصح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «دُيُونُهُ». الْمُرَادُ مِنْهُ: دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ، أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ....

غاية البيان

كبدلِ المُسْتهلكِ، وعكْسُه دَيْنُ الكَفَالَةِ إذا تكفَّل بغيرِ إِذْنِ المولَىٰ.

قالوا: لو كان ما لزِمَهُ تعَلَّق برقبَتِه بإذْنِ سيِّدِه؛ لمَنَع ثبوتُه ثبوتَ مثلِه[1] فيها كَالرَّهْنِ.

جوابُه: أن الرَّهْنَ إنما مُنِعَ أن يَثْبُتَ فيه مثلُ ما ثبَتَ؛ لأن ثبوتَهُ يَفْتَقِرُ إلىٰ تجديدِ قَبْضٍ، وكونُه مقبوضًا بالدَّيْنِ الأوَّلِ؛ يَمْنَعُ مِن تجديدِ قَبْضِه في الثاني، ولأن هناك تعَلُّقَ العقدِ بعَيْنِه، والعينُ إذا عُقِدَ عليها مُنِعَ مِن عَقْدِ مثلِه عليها؛ كالبيعِ بعدَ البَيْعِ، والإِجَارَةِ بعدَ الإِجَارَةِ، وفي مسألتِنَا: الدَّيْنُ الثاني يَثْبُتُ حُكْمًا، فيَصِيرُ كالجنايةِ إذا تعلَّقَتْ بِالرَّقَبَةِ؛ لم تَمْنَعْ مِن تَعَلُّقِ جِنَايَةٍ أُخرىٰ. كذا في «مختصر الأسرار».

ثم إنما نَعْتَبِرُ الإِذْنَ في التعليقِ بِالرَّقَبَةِ إذا لم يُوجَدِ الكسبُ، فإذا وُجِدَ الكسبُ تعَلَّق به الدَّيْنُ، فيُسْتَوْفَىٰ منه؛ لأنه أَمْكَن إيفاءُ الحقِّ بدونِ تفويتِ الرَّقَبَةِ، فكان فيه نظرٌ لجانبِ المولَىٰ والغُرَمَاءِ جميعًا، فإذا ثبَتَ أن الدَّيْنَ مُتعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ؛ بِيعَتْ فيه كَالرَّهْنِ، فإنْ فداه المولَىٰ بالدَّيْنِ لَمْ يَجُزْ لهم بَيْعُه بعدَ ذلك؛ لأن حقَّ الغُرَمَاءِ هو الدَّيْنُ، فإذا استَوْفَوْه؛ لَمْ يَبْقَ لهم حقٌّ في المطالبةِ بالبيعِ.

قال صاحبُ «الهداية» ﵀: (وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «دُيُونُهُ». الْمُرَادُ مِنْهُ: دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ، أَوْ بِمَا[2] هُوَ فِي مَعْنَاهَا).

أراد بالكتابِ: «**مختصر القُدُورِيِّ** ﵀»[3].

قولُه: (كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)، نظيرُ التِّجَارَةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «ملكيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «أو ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٤١].

وَالإِجَارَةُ وَالاسْتِئْجَارِ وَضَمَانِ الغُصُوبِ وَالْوَدَائِعِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، وَمَا يَجِبُ مِنَ الْعُقْرِ بِوَطْءِ الْمُشْتَرَاةِ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ لِاسْتِنَادِهِ إِلَى الشِّرَاءِ فَيُلْحَقُ بِهِ.

غاية البيان

قولُه: (والإِجَارَةُ)... إلى آخرِ ما ذكَر نظيرُ ما هو في معنى التِّجارَةِ، واحترَز بقولِه: (دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ) عن دَيْنِ الاستهلاكِ؛ لأنَّ دَيْنَ الاستهلاكِ يَتعلَّقُ بِالرَّقَبَةِ إجماعًا بلا خلافٍ، وقد مَرَّ بيانُه، وهل يُباعُ في المَهْرِ؟ فإن كان مَهْرُ جاريةٍ اشتراها فوَطِئَها فاسْتُحِقَّتْ؛ يُباعُ فيه؛ لأنه تفرَّع مِن الشراءِ، فلولا الشراءُ لوجَبَ عليه الحَدُّ.

فإنْ كان المَهْرُ وَجَب عليه بإقرارٍ [٣٦/٧ظ/م] بِنِكَاحٍ، أوْ بشبهةِ نِكَاحٍ؛ لم يَلْزَمْهُ حتَّى يَعْتِقَ ولا يُباعُ فيه، وإنْ قامَتِ البَيِّنَةُ أنه تزَوَّج بإِذْنِ مولاه؛ لزِمَهُ ويُباعُ فيه، وتَحاصُّ المرأةُ الغُرَمَاءَ، وقد مرَّتِ الروايةُ عن «مختصر الكَرْخِيِّ ﷺ» قبل [٤٩/٣ظ] هذا، وقد مَرَّ في بابِ النَّفَقَةِ في آخرِ كتابِ الطلاقِ: أن العبدَ إذا تزَوَّج حُرَّةً بإِذْنِ مولاه؛ فنفقَتُها دَيْنٌ عليه يُباعُ فيها؛ لأنه دَيْنٌ ظهَرَ وجوبُه في حقِّ المولى.

قولُه: (وَالإِجَارَةُ)، صورتُه: أن المَأْذُونَ له آجَرَ شيئًا ولم يُسَلِّمْهُ، وقبَضَ الأُجرةَ حتى مضَتِ المُدَّةُ؛ ووجَبَ عليه رَدُّ الأجرةِ.

قولُه: (وَالْوَدَائِعِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا)، إنما ذكَرَ الأمانةَ بعدَ ذِكْرِ الوَدِيعَةِ؛ لأنها أعمُّ مِن [ذِكْرِ](١) الوَدِيعَةِ، تَشْمَلُها وتَشْمَلُ العَارِيَّةَ، والمُضَارَبَةَ، والبِضَاعَةَ، ومالَ الشِّرْكَةِ، فهذه الأشياءُ تَنْقَلِبُ غصْبًا عندَ الجُحُودِ؛ لأن الأمينَ يَصِيرُ غاصبًا إذا جَحَدَ، وفي الاستهلاكِ بإحراقِ الثوبِ، أو عَقْرِ الدَّابَّةِ؛ يُؤَاخَذُ في الحالِ، وتُباعُ رقبتُه [فيه](٢)، وفيه تَفْصِيلٌ مَرَّ عندَ قولِه: (وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ) وهو أنه إذا استهلَكه بعدَ القبضِ يُؤْخَذُ به، وإنِ استهلَكَهُ ابتداءً؛ فعلى قياسِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعَلُّقِهَا بِالتَّرِكَةِ.

فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ؛ لِتَقَرُّرِ الدَّينِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ الرَّقَبَةِ بِهِ.

وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا؛ كَيْلَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ، أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي، .....

غاية البيان

قولِ أبي يوسفَ ﷺ: لا يُؤَاخَذُ به في الحالِ خلافًا لمحمَّدٍ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «فإنْ فَضَلَ شيءٌ مِن ديونِه؛ طُولِب به بعدَ الحُرِّيَّةِ»[1].

وإنما يَقتَسِمُ الغُرَمَاءُ ثمنَ المَأْذُونِ بينَهُم بقَدْرِ حِصَصِهِم مِن الدَّيْنِ؛ لأن حقوقَهُم كانت متعلِّقةً بِالرَّقَبَةِ [والثمنُ بدلُ الرَّقَبَةِ، فتكُونُ متعلِّقةً به][2]، فيَضرِبُ كلُّ واحدٍ منهم بقَدْرِ حِصَّتِه مِن الدَّيْنِ إذا لم يَفِ الثمنُ بديونِهم، كَالتَّرِكَةِ إذا اجتمعَتْ فيها دُيونٌ، وضاقَتِ التَّرِكَةُ عن إيفائِها؛ يَضرِبُ كُلُّ واحدٍ منهم بقَدْرِ حقِّه، فكذا هنا، وما فَضَلَ مِن الدَّيْنِ يُؤْخَذُ به العبدُ بعدَ الحُرِّيَّةِ؛ لأنَّ حقوقَ الغُرَمَاءِ كانَتْ في الرَّقَبَةِ، وقد استَوْفَوْها[3] مرَّةً، فسَقَطَ حقُّهم عنها، فبَقِيَ الدَّيْنُ في ذمَّتِه، فصار كعبْدٍ مَحْجُورٍ عليه، فيُؤْخَذُ بعدَ الحُرِّيَّةِ.

قولُه: (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا؛ كَيْلَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ، أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي)، ذكَره تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ، يعني: إذا لم يَفِ ثمنُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ لا يُباعُ ثانيًا؛ لأنه لو جاز بَيْعُه ثانيًا بذلك الدَّيْنِ؛ لامتنَع البَيْعُ الأوَّلُ، ولم يقْدم عليه

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٤١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «استوفاه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ، سَوَاءٌ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ، أَوْ بَعْدَهُ، وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الهِبَةِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ لِوُجُودِ شَرْطِ الْخُلُوصِ لَهُ

غاية البيان

أحدًا خوفًا مِن أنْ يَزُولَ مِلْكُه بعدَ الشراءِ؛ لأنه يَلْزَمُ المُشْتَرِي ضررٌ لم يَلْتَزِمْهُ، وهذا لا يَجُوزُ؛ لأنه لم يَأْذَنْ له في التِّجَارَةِ، بخلافِ المولَى الأوَّلِ، فإنه لَمَّا أَذِنَ له في التِّجَارَةِ رَضِيَ بتعلُّقِ الدَّيْنِ برقبَتِه.

وهذا بخلافِ نَفَقَةِ المرأةِ إذا تزوَّجها بإذْنِ المولَى، فإنه يُباعُ فيها مرَّةً بعدَ أُخرى؛ لأن النَّفَقَةَ تَجِبُ شيئًا فشيئًا، والمَهْرُ ليس [٧/٣٧ظ/م] كذلك، فإنه إذا بِيعَ فيه مرَّةً، ولم يَفِ الثمنُ به؛ لا يُباعُ فيه ثانيًا؛ لأنه بيعٌ بجميعِ المَهْرِ، ويُطالَبُ بالباقي إذا أعتَقَ، وقد ذَكَرْنا في بابِ النَّفَقَةِ أنه ليس في ديونِ العبدِ شيءٌ يُباعُ مرَّةً بعدَ مرَّةٍ سوى النَّفَقَةِ.

قولُه: (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ، سَوَاءٌ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ، أَوْ بَعْدَهُ، وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الْهِبَةِ)، ذكَره تفريعًا أيضًا [٣/٥٠٠و]، وذلك لأن الأصلَ في كَسْبِ العبدِ المَأْذُونِ: أن يَكُونَ أَوْلَى به؛ لأن الكسبَ للكاسبِ، إلَّا أنْ يَفْضُلَ عن حاجتِه، فإذا كان عليه دَيْنٌ؛ كان مشغولًا بحاجتِه، فيتَعلَّقُ دَيْنُه به، ولا سبيلَ للمولى عليه، بخلافِ ما إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، وحيثُ يَكُونُ فارغًا عن حاجتِه، فكان المولى أحقَّ به.

قولُه: (وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ)، ذكَره أيضًا تفريعًا، أي: لا يتعلَّقُ الدَّيْنُ بذلك لوجودِ شرطِ الخُلوصِ للمولى، وهو فراغُ الكسبِ عن حاجةِ العبدِ.

قال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه ﵀ في «**شرح المَأْذُون الكبير**»: «قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﵏: إذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه في التِّجَارَةِ، فاكتَسَب مالًا،

وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ؛ ....

غاية البيان

فأخَذَه المولىٰ منه، هل يَجِبُ على المولَىٰ رَدُّ مثلِه على العبدِ، أوْ رَدُّ عَيْنِه إنْ لم يَسْتَهلِكْهُ؟

فهذا على وجهَيْنِ: إمَّا أن يَكُونَ على العبدِ دَيْنٌ، أو لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، فإنْ لم يَكُنْ على العبدِ دَيْنٌ، فإنه لا يَلْزَمُهُ رَدُّ شيءٍ على العبدِ وإنْ لَحِقَ العبدَ دَيْنٌ بعدَ ذلك، وإن كان عليه دَيْنٌ وَقْتَ الأخذِ [٣٧/٧ظ/م]؛ كان عليه أنْ يَرُدَّ عينَ ما قبضَ إلىٰ العبدِ إن كان قائمًا بعَيْنِه، وإنِ استهلَكَه رَدَّ عليه مثلَهُ.

وإنما كان كذلك؛ لأنه متىٰ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، وقد أخَذ المالَ؛ فقد أخَذ المولىٰ مالَه حقَّ الأخذِ؛ لأن له أنْ يَأْخُذَ كسْبَ عبْدِه إذا لم يَكُنْ على العبدِ دَيْنٌ، وإذا كان آخِذًا مالَه حقَّ الأخذِ؛ صحَّ الأخذُ، وخرَج المَأْخُوذُ مِن أن يَكُونَ كَسْبَ العبدِ، والتحَقَ بسائرِ أملاكِ المولَىٰ.

أَلَا تَرَىٰ أن العبدَ لو أراد بيعَ ما أخَذَ منه المولَىٰ لم يَقْدِرْ، كما لا يَقْدِرُ أن يَبِيعَ غيرَ ذلك من أموالِ المولَىٰ، فإذا خرَج مِن أن يَكُونَ كسْبًا له، والتحَقَ بسائرِ أملاكِ المولَىٰ؛ لم يتعَلَّقْ به دَيْنٌ لَحِقَه بعدَ ذلك، كما لا يتعَلَّقُ بغيرِ ذلك مِن أموالِ المولَىٰ.

فأمَّا إذا كان على العبدِ دَيْنٌ وَقْتَ الأخذِ؛ فقد أخذَ ما ليس له حقَّ الأخذِ؛ لأنه ليس له أنْ يأخُذَ كَسْبَ عَبْدِه المَدْيُونِ، فإذا لم يَكُنْ له حقُّ الأخذِ متىٰ كان على العبدِ دَيْنٌ؛ صار أخْذُه وأخْذُ أجنبيٍّ آخرَ سواءً، ولو أخَذ أجنبيٌّ آخرُ؛ كان على الأجنبيِّ أنْ يَرُدَّ عينَ ما أخَذَ إنْ كان قائمًا في يدِه، وإنِ استهلكَه رَدَّ عليه مثلَهُ، فكذلك هذا».

قولُه: (وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ)، ذكَره أيضًا تفريعًا، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: ألَّا يَأْخُذَ المولىٰ غَلَّةَ مثلِه أيضًا إذا كان على العبدِ دَيْنٌ.

. . . .

قال في «**الأصل**»: «قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: إذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه في التِّجَارَةِ فلَحِقَه دَيْنٌ يَأْتِي على جميعِ ما في يدِه، وعلى جميعِ رقبتِه، فأخذَ منه مولاه الغَلَّةَ بعدَ ذلك، فجعَل يَأْخُذُ منه كلَّ شهرٍ عشرةَ دراهمَ حتَّى أخذَ منه مالًا كبيرًا، فإنَّ هذا جائزٌ للمولَى، ولا يَرْجِعُ الغُرَمَاءُ عليه مِن تلك الغَلَّةِ بشيءٍ؛ لأن الذي قبضَ المولَى هو غَلَّتُه، ولو كان قبَضَ [٣/٥٠ظ] منه مئةَ درهمٍ؛ كان باطلًا، وكان عليه أنْ يردَّ على الغُرَمَاءِ ما زاد على غَلَّةِ مثلِه، إنما استحسنَ في هذا الذي قبضَ غَلَّةَ مثلِه في كلِّ شهرٍ أن يُجيزَ ذلك. فأمَّا إذا قبضَ منه غَلَّةَ ما لا يَكُونُ غَلَّةَ مثلِه؛ أَخَذَ الغُرَمَاءُ ما زاد مِن ذلك على غَلَّةِ مثلِه»[1]. إلى هنا لفظُ محمَّدٍ ﷺ في «**الأصل**».

بيانُه: فيما ذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**شرح المَأْذُون الكبير**»: وقال: «وقال أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: إذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه في التِّجارَة فلَحِقَه دَيْنٌ يأتي على جميعِ ما في يدِه [وعلى جميعِ رقبتِه][2]، والمولَى كان يَأْخُذُ منه الغَلَّةَ كلَّ شهرٍ، هل يُسَلَّمُ ذلك للمولَى؟

فهذا على وجهَيْنِ: إن كان ما أَخَذَه المولى مِن عَبْدِه أكثرَ مِن غَلَّةِ مثلِه كلَّ شهرٍ، أو كان مثلَ غَلَّةِ كلِّ شهرٍ، فإنْ كان أكثرَ مِن غَلَّةِ كلِّ شهرٍ، فإن الزِّيَادَةَ على غَلَّةِ مثلِه لا تُسَلَّمُ للمولى؛ لأنه كسبُ عبدٍ مَدْيُونٍ، وقد أخذَه المولى بغيرِ عِوَضٍ حصَل للعبدِ، فلزِمَهُ رَدُّ ذلك على العبدِ.

وأمَّا غَلَّةُ مثلِه: فإنها تُسَلَّمُ للمولى استحسانًا.

والقياسُ: ألَّا تُسَلَّمَ له، ويَلْزَمُهُ رَدُّ ذلك على غُرَمَاءِ العبدِ قياسًا على الزِّيَادَةِ على غَلَّةِ المثلِ؛ لأنها كَسْبُ عبدٍ مَدْيُونٍ، ولأنَّ الدَّيْنَ كما يتعلَّقُ بكَسْبِ العبدِ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٥٣٩ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

يَتَعَلَّقُ برقبته، ثم شيءٌ مِن الرَّقَبَةِ لا تُسَلَّمُ للمولَىٰ إذا كان عليه دَيْنٌ يُحيطُ بِالرَّقَبَةِ وبالكسبِ؛ فيَجِبُ ألا يُسَلَّمَ له شيءٌ من الكسبِ.

وَوجْهُ الاستحسانِ: أن المولَىٰ إنما لا يَمْلِكُ أخْذَ كَسْبِ عَبْدِه المَدْيُونِ إذا لم يُعْطِ العبدَ بإزاءِ ما أخَذَ عِوَضًا يَعْدِلُه، فأمَّا إذا أعطىٰ بإزاءِ ما أخَذَ عِوَضًا يعْدِلُه؛ فإنه يَمْلِكُ ذلك، ألَا تَرَىٰ أنه لو اشترىٰ شيئًا مِن كَسْبِه بمثلِ قيمَتِه، وعليه دَيْنٌ؛ جاز ذلك؛ لأنه أخَذَه بعِوَضٍ يعْدِلُه.

وإذا ثبَتَ هذا نقولُ: غَلَّةُ المثلِ أخَذَها [٣٨/٧و/م] بعِوَضٍ، وهو ما تركَ على العبدِ مِن الاستخدامِ، فإنه كان للمولَىٰ أن يَسْتَخْدِمَ عبْدَه المَدْيُونَ، فإذا أخَذَ منه غَلَّةَ المثلِ فقد[1] ترَكَ عليه الخدمةَ، وكان آخِذًا ما أخذَ بِعِوَضٍ يعْدِلُه، فصحَّ أخْذُه، بخلافِ ما زاد علىٰ غَلَّةِ المثلِ؛ لأنه أخَذَه بغيرِ عِوَضٍ.

وإنما كان للمولىٰ استخدامُ عبْدِه المَدْيُونِ؛ لأن للغُرَمَاءِ[2] في هذا العبدِ ـ إنْ كان حقًّا ـ فللمولَىٰ فيه مِلْكٌ، فإذا كان العبدُ مشتركًا بينَ اثنينِ لا يَبْطُلُ حقُّ المولَىٰ، فإذا كان لهم مجرَّدُ حقٍّ، فأَوْلَىٰ ألَّا يَبْطُلَ حقُّ المولىٰ في الخدمةِ».

وقال في «الإيضاح»: «والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ قَبْضُه الغَلَّةَ معَ قيامِ الدَّيْنِ عليه؛ لأن الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ علىٰ حقِّ المولَىٰ في الكسبِ، ولكنَّا نَسْتَحْسِنُ إذا أخذَ غَلَّةَ مثلِه أنْ يَجُوزَ؛ لأن فيه نفعًا للغُرَمَاءِ؛ لأن حقَّهُم يتعَلَّقُ بمَكاسِبِه، ولا تحْصُلُ المَكاسِبُ إلا ببقاءِ الإِذْنِ في التِّجارَةِ، فإذا منَعْنا المولَىٰ مِن أخْذِه يُحْجُرُ عليه في التِّجارَةِ. فيَنْسَدُّ بابُ الاكتسابِ»[3].

---

(١) وقع بالأصل: «وقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «الغُرَمَاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٤١].

لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْهُ؛ يَحْجُرُ عَلَيْهِ، فَلَا يَحْصُلُ الْكَسْبُ، وَالزِّيَادَةُ عَلَىٰ غَلَّةِ الْمِثْلِ يَرُدُّهَا عَلَى الْغُرَمَاءِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهَا وَتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ.

قَالَ: وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ؛ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّىٰ يَظْهَرَ حَجْرُهُ فِيمَا بَيْنَ أَهْلِ سُوقِه؛ لِأَنَّهُ لَوْ انْحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأْخِيرِ حَقِّهِمْ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ لَمَّا لَمْ يَتَعَلَّقْ

غاية البيان

قوله: (لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْهُ؛ يَحْجُرُ عَلَيْهِ، فَلَا يَحْصُلُ الْكَسْبُ) [٣/٥١و]، يعني: أن المولىٰ لو لم يُمَكَّنْ مِن أَخْذِ غَلَّةِ المثلِ؛ يَحْجُرُ على العبدِ حتَّىٰ يَسْتَخْدِمَهُ، فلا يَحْصُلُ الكسبُ، فتتأخَّرُ حقوقُ الغُرَمَاءِ إلىٰ ما بعدَ العتقِ.

غايةُ ما في البابِ: أنه تُباعُ رقبتُه في الدَّيْنِ حينَئذٍ، ولكن ربَّما لا يَفِي ثمنُ رقبَتِه بديونِهم، فيَلْزَمُ ما قُلنا، فلا جَرَمَ لا يُمْنَعُ المولَىٰ مِن أَخْذِ غَلَّةِ المِثلِ حتَّىٰ لا يُحْجُرَ عليه، فيَتَّجِرُ، ويتَّسِعُ الكسْبُ الذي هو محلُّ حقوقِهم، فيَكُونُ ذلك بِرًّا قليلًا في حقِّ المولىٰ يُتوسَّلُ به إلىٰ نفعٍ كثيرٍ للغُرَمَاءِ، فيتَحَمَّلُ ذلك كالهديَّةِ اليَسِيرَةِ، والضِّيَافَةِ اليَسِيرَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ؛ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّىٰ يَظْهَرَ حَجْرُهُ فِيمَا بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وهذا في الحَجْرِ القصْدِيِّ، أمَّا إذا ثبَتَ الحَجْرُ ضِمْنًا؛ فلا يُشْتَرطُ عِلْمُ أهلِ سُوقِه، كما في عَزْلِ الوَكِيلِ حُكْمًا. أمَّا إذا باع المَأْذُونُ، أوْ وَهَبَهُ مِن رَجُلٍ، فقبَضَه المَوْهُوبُ له؛ يَنْحَجِرُ حُكْمًا، ولا يُشْتَرطُ عِلْمُ أحدٍ.

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإذا باع العبدُ المَأْذُونُ له في التِّجَارَةِ واشتَرىٰ، فلَحِقَه دَيْنٌ، أو لم يَلْحَقْهُ، ثم أراد المولَىٰ أنْ يُحْجُرَ عليه؛ فليس يَكُونُ الحَجْرُ إلَّا في أهلِ سُوقِه، ولو

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٤١].

بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَقَدْ بَايَعُوهُ عَلَىٰ رَجَاءِ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ، حَتَّىٰ لَوْ حَجَرِ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَا يَنْحَجِرُ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ وَلَوْ حَجَر عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ

غاية البيان

حجَر عليه في بيتِه، ثم باع العبدُ، أوِ اشترىٰ، وهو قد عَلِمَ بذلك، فَبَيْعُه وشراؤُه جائزٌ؛ فإن الحَجْرَ الخاصَّ لا يَرِدُ على الإِذْنِ العامِّ، والحَجْرُ الخاصُّ يَرِدُ علىٰ الإِذْنِ الخاصِّ، وهذا لأنَّ [٧/٢٣٨ظ/م] الحَجْرَ رافعٌ لحكمِ الإِذْنِ، فيَجِبُ أن يَكُونَ بمَثابتِه؛ لأنَّ الشيءَ يَكُونُ ناسِخًا لمثلِه لا لِمَا فوقَه، ولا وَجْهَ أَنْ يَرْفَعَ حُكْمَ الإِذْنِ في حقِّ مَن عَلِمَ؛ لأن قيامَ الإِذْنِ في حقِّ العامَّةِ يُعارضُه، فمَنَع ثبوتَ حُكْمِه.

أَلَا تَرَىٰ أنه لو أَذِنَ له بالمُبَايعةِ معَ قومٍ، ونهاه عن قومٍ، ثم بايعَ معَ قومٍ نهاه عن المُبايعةِ معَهم؛ صحَّ، وجُعِلَ الإِذْنُ في حقِّ بعضِ الناسِ إِذْنًا في حقِّ الكُلِّ ابتداءً، فلَأَنْ يَبْقَىٰ حُكْمُ الإِذْنِ في حقِّ الكُلِّ عندَ الحَجْرِ الخاصِّ أَوْلَىٰ، ولأنَّا لو أَعْمَلْنَا الحَجْرَ الخاصَّ؛ أَدَّىٰ إلىٰ الغُرُورِ بالناسِ؛ لأنَّهُم يَعْتَمِدُون علىٰ الإِذْنِ الظاهرِ، فيُبايعونَهُ ويُسَلِّمون أموالَهم إليه، فلو عَمِلَ الحَجْرُ الخاصُّ عملَه؛ أَدَّىٰ إلىٰ الغُرُورِ في حقِّهِم، أو الضررِ، وهو تَوَىً[1] ما سلَّموا إليه، فوَجَبَ أَلَّا يَعْمَلَ دَفْعًا[2] للغُرُورِ عنهم».

قال: «وإذا أتىٰ المولىٰ بعبْدِه إلىٰ أهلِ سُوقِه فقال: قد حجرْتُ علىٰ هذا فلا تُبايعوه؛ كان هذا حجْرًا عليه؛ لأن هذا حَجْرٌ عامٌّ، فيرتَفِعُ به حُكْمُ الإِذْنِ العامِّ، وإن لم يَحْضُرْ ذلك أهلُ السُّوقِ كلُّهم؛ ثبتَ حُكْمُه في حقِّ الكُلِّ في حقِّ مَن عَلِمَ ومَن لم يَعْلَمْ، وهذا لأن الشرطَ هو انتشارُ الإِذْنِ واشتهارُه، وهو أن يَبْلُغَ ذلك عامَّتَهُم.

(١) التَّوَىٰ: التلَف والْهَلَاك. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) وقع بالأصل: «دافعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

سُوقِهِ يُنْحَجِرُ، وَالْمُعْتَبَرُ شُيُوعُ الْحَجْرِ وَاشْتِهَارِهِ فَيُقَام ذَلِكَ مُقَامُ الظُّهُورِ عِنْدَ الْكُلِّ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ ﷺ، وَيَبْقَى الْعَبْدُ مَأْذُونًا إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالْحَجْرِ كَالْوَكِيلِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالْعَزْلِ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ

غاية البيان

أَمَّا عِلْمُ الآحادِ: فلا يَكُونُ شرطًا لثبوتِ الحُكْمِ في حقِّ كُلِّ واحدٍ مِن الآحادِ، بل متى فشا ذلك ؛ يَنْزِلُ منزلةَ البلوغِ إلى كُلِّ واحدٍ مِن الآحادِ، أَلَا تَرَى أنه [٣/١٥٥ظ] يُجْعَلُ في حقِّ خِطَاباتِ الشَّرْعِ هكذا، فلا يَكُونُ العلمُ بالخِطَابِ شرطًا في حقِّ الناسِ كافَّةً، بل متى فشا الخِطَابُ ؛ ثبَتَ الحُكْمُ في حقِّ مَن بلَغه أو لم يَبْلُغْهُ، وذلك لأنَّا لو جعَلْنا التبليغَ في الآحادِ شرطً ؛ أَدَّى إلى الحرجِ في حقِّ المولَى، فوَجَبَ الاكتفاءُ بما يُوجِبُ الاشتهارَ».

قال: «فإن كان إنما حضَر ذلك مِن أهلِ سُوقِه رَجُلٌ أو رَجُلان ؛ لم يَكُنْ ذلك حَجْرًا حتَّى يَحْضُرَ الأكثرُ مِن أهلِ سُوقِه ؛ لأن ذلك حجرٌ خاصٌّ لا يَقَعُ بذلك الانتشارُ».

وقال: «ولو دعا إلى منزِله جماعةً مِن أهلِ سُوقِه، فأشهدَهم أنه قد حجَرَ عليه ؛ كان ذلك حَجْرًا ؛ لأن الشرطَ هو التبليغُ على وَجْهٍ يَقَعُ الاشتهارُ، وبهذا يَحْصُلُ هذا الغَرضُ».

قال: «ولو خرَج العبدُ إلى بلدٍ للتِّجَارَةِ، فأتى المولى أهلَ سُوقِه وأشهَدَهُم أنه قد حجَر عليه، والعبدُ لا يَعْلَمُ بذلك ؛ لم يَكُنْ هذا حَجْرًا عليه ؛ لأنَّ الأصلَ في الإِذْنِ والحَجْرِ هو العبدُ، وإنما ثبتَ حُكْمُه في حقِّ غيرِه تبعًا، ولم يَثْبُتْ حُكْمُه في حقِّه لعدمِ العلمِ، فكذلك في حقِّ غيرِه، أَلَا تَرَى أن هذه بمنزلةِ العَزْلِ في حقِّه، وحُكْمُ العزْلِ يَقِفُ على العلمِ».

قال: «وإن باع بعدَ ذلك أهلُ سُوقِه، أو غيرُهم فهو جائزٌ ؛ لأن حُكْمَ الإِذْنِ

الدَّين مِنْ خَالِصِ مَالِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ، وَإِنَّمَا يُشْتَرطُ الشُّيُوعُ فِي الْحَجْرِ إِذَا كَانَ الْإِذْنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا الْعَبْدُ ثُمَّ حَجَرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ.

غاية البيان

قائمٌ، وإنْ عَلِمَ العبدُ بذلك بعدَ يومٍ أو يوميْنِ [٣٩/٧/م] فهو مَحْجُورٌ عليه؛ لأن الحَجْرَ صحيحٌ، إلا أنه لم يَنْفُذْ[1] لعدمِ العلمِ، حتَّىٰ لا يُؤَدِّيَ إلىٰ الغُرُورِ، فيَنفُذُ إذا عَلِمَ بمنزلةِ عَزْلِ الوَكِيلِ، وما اشترىٰ، وباع قبلَ أنْ يَعْلَمَ به فهو جائزٌ؛ لأن حُكْمَ الحَجْرِ مقصورٌ علىٰ العلمِ».

قال: «وإذا أَذِنَ الرَّجُل لعَبْده في التِّجَارَة، فلم يعْلَم بذلك أحد، ولم يَبع، ولم يَشْتر حتىٰ حجرَ عليه بعِلْمٍ منه بغير محضَر مِن أهل سُوقه؛ فهو مَحْجُور عليه؛ لأن هذا إِذْنٌ خاصٌّ، وَرَدَ عليه حجْرٌ خاصٌّ فعَمِل فيه، وهذا لأنَّا لو قُلنا بإعمالِه فيه؛ لا يُؤَدِّي إلىٰ الغُرُورِ بأحدٍ، ولو علِمُوا بذلك قبلَ أن يَقُولَ: حجرْتُ؛ كان الحَجْرُ باطلًا حتَّىٰ يَحْجُرَ في أهلِ سُوقِهِ؛ لأنه صار عامًّا، ولو لم يَعْلَمْ به أحدٌ غيرَ العبدِ، ثم حُجِرَ عليه، والعبدُ لا يَعْلَمُ به، فاشترىٰ وباع؛ كان مأذونًا، والحَجْرُ باطلٌ؛ لأن حُكْمَ الحَجْرِ لا يَلْزَمُهُ إلا بالإذنِ».

قال: «وإذا باع المولىٰ العبدَ المَأْذُونَ وعليه دَيْنٌ، أوْ ليس عليه دَيْنٌ، وقَبَضه المُشْتَرِي؛ فهذا حجْرٌ عليه، عَلِمَ به أهلُ سُوقِهِ أوْ لم يعلمُوا، وكذلك لو وَهبَه لرَجُلٍ وقَبَضه المَوْهُوبُ له؛ لأنه إنما يَملِكُ التَّصَرُّفَاتِ بإذْنِ المولىٰ وولايتِه، وقد زال ولايةُ المولَىٰ، فيَنْحَجِرُ ضرورةً، وهذا حجْرٌ ثبتَ حُكْمًا لا قصْدًا، فلا يَقِفُ علىٰ العلمِ، وكذلك لو مات المولىٰ».

قال: «وإذا أشهد المولىٰ أهلَ السُّوقِ أنه قد حَجرَ علىٰ عَبْدِه، وأرسَل إليه رسولًا، أو كتَبَ إليه كتابًا، فبلَغه الكتابُ، أو أخبَره الرسولُ؛ فهو مَحْجُورٌ عليه؛

(١) وقع بالأصل: «ينفذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

لأنَّ العلمَ قد وقَع به؛ لأن قولَ[1] الرسولِ كقولِ [٣/٥٢و] المُرْسِلِ، وكذلك الكتابُ مِن الغائبِ كالخِطَابِ مِن الحاضرِ، وسواءٌ كان الرسولُ عدْلًا أوْ غيرَ عَدْلٍ؛ لأن الرسولَ يَنقُلُ كلامَ المُرْسِلِ، ولو أخبَره بذلك رَجُلٌ لم يُرْسِلْهُ مولاه؛ لم يَكُنْ حَجْرًا في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه حتَّىٰ يُخْبِرَه رَجُلانِ، أوْ رَجُلٌ عدْلٌ يَعْرِفُهُ العبدُ».

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: إنْ أخبَره بذلك رَجُلٌ، أو امرأة، أوْ صبيّ، أو عَبْد؛ صار مَحْجُورًا عليه بعد أنْ يكون الخبر حَقًّا، وقد مَرَّ بيانُه في فصْل القضاء بِالمَوَارِيث.

وإذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعَبْدِه في التِّجَارَةِ فاشترىٰ وباع، وهو لا يَعْلَمُ بإذْنِ المولىٰ، ولم يَعْلَمْ به أحدٌ؛ فهو ليس بِمَأْذُونٍ، ولا يَجُوزُ شيءٌ مِن ذلك؛ لأن الإِذْنَ لا يُسَمَّىٰ إِذْنًا بدونِ العلمِ، فلو أمَر المولىٰ قومًا أن يُبايعوه، فبايَعُوه والعبدُ لا يَعْلَمُ بالإذْنِ؛ كان شراؤُه وبيْعُه جائزًا، هذا روايةُ «**المَأْذُون الكبير**»، وفي روايةِ «**الزيادات**»: لا يَجُوزُ، وقد مَرَّ ذلك في فصْلِ القضاءِ بِالمَوَارِيثِ أيضًا.

وقال فخرُ الإسلامِ رحمه الله في بابِ بَيْعِ الأبِ والوَصِيِّ علىٰ الصغيرِ مِن «**زياداته**»: «رَجُلٌ قال لرَجُلٍ: بِعْ عبدي هذا مِن ابني فلانٍ بكذا [٧/٣٩ط/م]، فذهَب فباعَه، فإنْ أخبَر الابنُ بذلك؛ صار مأذونًا وصحَّ البَيْعُ، وإن لم يُخْبِرْهُ حتىٰ باعه منه؛ لم يَصِحَّ، وكذلك لو قال: اذهب فاشْتَرِ عَبْدَ ابني منه بكذا، وذكَر في كتابِ الوَكَالَةِ في موضعٍ كذلك، وقال في موضعٍ: يَصِحُّ».

والحاصلُ: أن الإِذْنَ لا يَصِحُّ إلا بالعلمِ، وكذلك التَّوْكِيلُ، فإنْ كان مقصودًا؛ لم يَصِحَّ إلا بالعلمِ، وإنْ كان تبعًا لغيرِه، وذلك المَتْبوعُ فضْلٌ وزيادةٌ في

---

(١) وقع بالأصل: «قبول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ، أَوْ جُنَّ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا؛ صارَ الْمَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ غَيْرُ لَازِمٍ، وَمَا لَا يَكُونُ لَازِمًا مِنْ التَّصَرُّفِ

الحُكْمِ، ففيه روايتانِ، وكذلك لو قال لقومٍ: بايِعوا عبْديَ فلانًا، فقد أذِنْتُ له في التِّجارَةِ، ففعلوا وهو لا يعْلَمُ أنه على هذا أيضًا. كذا في «الزيادات».

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ، أَوْ جُنَّ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا؛ صَارَ الْمَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وذلك لأن الإِذْنَ تصَرُّفٌ غيرُ لازمٍ، بدليلِ صحَّةِ الحَجْرِ بعدَ الإِذْنِ، وكُلُّ تصَرُّفٍ ليس بلازمٍ؛ يَكُونُ لدوامِه حُكْمُ الابتداءِ، لأنَّه[2] بسبيلٍ مِن الفسخِ في كلِّ ساعةٍ، وفي الابتداءِ تُشْتَرطُ أهليَّةُ المولىٰ في الإذنِ، فكذا في البقاءِ، ثم بهذه الأشياءِ تَنْعَدِمُ الأهليَّةُ، فكان العبدُ مَحْجُورًا.

قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعَبْدِه في التِّجَارَةِ، ثم جُنَّ المولىٰ، فإنْ كان جُنونًا مُطْبِقًا؛ يَنْحَجِرُ العبدُ، وإن كان غيرَ مُطْبِقٍ لا يَنْحَجِرُ؛ لأن الانحجارَ بناءٌ علىٰ زوالِ ولايةِ المولىٰ، وبغيرِ المُطْبِقِ لا يَزُولُ ولايةُ المولَىٰ؛ لأن تفسيرَ الجُنُونِ غيرُ المُطْبِقِ: أن يُوجدَ ساعةً ويَنْعَدِمَ ساعةً، أوْ يوجدَ يومًا ويَزُولَ يومًا، فأشبَه النومَ والإغماءَ، ولهذا لا تَسْقُطُ به تكاليفُ الشَّرْعِ عنه، وهذا لأن الآدَمِيَّ لا يَخْلُو عن نوعِ جُنُونٍ أبدًا، فإن الغضبَ نوعُ جُنُونٍ، والهَمَّ الشديدَ نوعُ جُنُونٍ، فلا يَسْتَقِيمُ اعتبارُهما في إزالةِ الولاياتِ [٣/٥٢ظ]، وإذا أطبقَ فحينَئذٍ اعْتُبِرَ لامتدادِه، أَلَا تَرَىٰ أنه يُعْتَبرُ في وَضْعِ تكاليفِ الشَّرْعِ.

وتكلَّمُوا في تفسيرِ المُطْبِقِ: رُوِيَ عن محمَّدٍ ﷺ: أنه قدَّرَه بشهرٍ؛ لأن فيما

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].
(٢) وقع بالأصل: «إلا أنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

يُعطَىٰ لدوامه حُكم الابتداء، هذا هو الأصل فلا بُدّ من قيام أهلية الإذن في حالةِ البقاء وَهِي تنعدمُ بالموت والجُنون، وكذا باللُّحوق؛ لأنّه موتٌ حُكمًا حتَّىٰ قُسِّمَ مَالُهُ بيْن ورثته.

غاية البيان

دونَهُ لا يُوضَعُ به كلُّ التكاليف عنه؛ لأنه إنْ وُضِع عنه خطابُ الصلاة؛ لا يُوضعُ عنه خِطَابُ الصومِ.

ورُوِيَ عنه في روايةٍ: أنه قدَّرهُ بسنةٍ؛ لأنّ كلَّ التكاليف إنما تسقُطُ عنه في هذه المُدَّةِ، أَلَا تَرَىٰ أنه يَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ لو أفاق فيما دونَ السَّنة.

وعلىٰ قياسِ قولِ أبي يوسف ﷺ: يَنْبغِي أن يُقدَّر بأكثرِ السَّنةِ؛ لأنه يمْتنعُ به وجوبُ الزَّكَاةِ عندَه.

وقال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ ﷺ أيضًا: «فإنِ ارتدَّ المولىٰ ـ والعياذُ باللهِ تعالىٰ ـ ثم باع العبدَ أوِ اشترىٰ، فإن قُتِلَ المولىٰ، أو مات علىٰ رِدَّتِه، أو لَحِقَ بدارِ الحربِ وقضىٰ القاضي بلحاقِه؛ فجميعُ ما صنعَ العبدُ بعدَ رِدَّتِه باطلٌ، وإنْ أسلَم بعدَما لَحِقَ [٧/٤٠و/م] بدارِ الحربِ ورجعَ، أوْ قَبْلَ أن يَلْحَقَ بها؛ فذلك جائزٌ كلُّه.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: كلُّ ذلك جائزٌ، إلَّا ما صنعَ بعدَما لَحِقَ بدارِ الحربِ، فإن ذلك يَبْطُلُ إذا لم يَرْجِعْ حتَّىٰ قَضَىٰ القاضي بلحَاقِه.

وإذا رَجَعَ قبلَ أنْ يَقْضِيَ بلحَاقِه؛ فذلك جائزٌ، لا خلافَ بينَهُم أن تصرُّفاتِ المُرْتَدِّ بعدَ لحاقِه بدارِ الحربِ تُوقَفُ؛ لأنه يَصيرُ مِن أهلِ الحربِ، وأهلُ الحربِ كالموتَىٰ في حقِّنا، ولكن لا يَتَقَرَّرُ هذا الوصفُ له إلا بالقضاءِ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أنه دخلَ دارَ الحربِ للقرارِ، ويَحْتَمِلُ أنه دخلَ لا للقرارِ، فلا بُدَّ مِن ترجيحِ أحدِ الوصفَيْنِ، فيُفَوَّضُ ذلك إلىٰ رأيِ القاضي المجتَهِدِ، فإنْ وقَع عندَه أنه لا يَرْجِعُ، فقضَىٰ بأحكامِ الموتِ، فيُحْكَمُ بموتِه من ذلك الوقتِ، فتَزولُ ولايتُه مِن ذلك

. . . .

الوقتِ، وإن لم يَقْضِ به حتَّىٰ رَجَعَ؛ يُجْعَلُ كأن لم يَكُنْ.

وقبلَ اللحوقِ بدارِ الحربِ لا يَتوقَّفُ عندَهُما؛ لأنه لا تَزُولُ ولايتُه بنَفْسِ الرِّدَّةِ عندَهما.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يتَوَقَّفُ؛ لأنه تَزُولُ ولايتُه بنَفْسِ الرِّدَّةِ زوالًا موقوفًا، مَرَّ بيانُه في السِّيَرِ، والمولَىٰ إذا كان امرأةً لا تتوقَّفُ تصرُّفاتُها قبلَ اللحوقِ بالإجماعِ، وبعدَ اللحوقِ تَتَوَقَّفُ؛ لأنها بمنزلةِ الموتِ بقرينةِ القضاءِ».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ أيضًا في «**شرح الكافي**»: «وإذا ارتدَّ العبدُ المَأْذُونُ، ثم باع أوِ اشترىٰ، فإنْ قُتِلَ علىٰ رِدَّتِه، أو مات؛ بَطَل جميعُ ما صنعَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وإنْ أسلَم جاز.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: جميعُ ذلك جائزٌ.

وأصلُه ما ذكَرْنَا في الحُرِّ أنه[1]: إذا ارتدَّ هل تتوقَّفُ تصرفاتُه في أكسابِه؟ عندَ أبي حَنِيفَةَ: تَتوقَّفُ، **وعندَهما**: لا تتوقَّفُ[2].

والمَأْذُونُ بمنزلةِ الحُرِّ في أكسابِه، والتَّصرُّفَاتُ في أكسابِه، فيَكُونُ علىٰ ذلك الخلافُ».

قال: «وإذا أَسَر العدوُّ عبدًا مأذونًا له في التِّجَارَةِ [٣/٥٣و]، وأحرَزُوه بدارِهم، فقد صار مَحْجُورًا عليه؛ لأنه زال عن مِلْكِ المولىٰ، فإذا تفلَّتَ منهم، أو أَخَذَه المسلمون فردُّوه عليه؛ لم يَعُدْ مأذونًا إلا بإذْنٍ جديدٍ، وإن كان أهلُ الحربِ لم يُحْرِزُوه في دارِهِم حتىٰ انفلَتَ منهم أوْ أَخَذَه[3] المسلمون؛ فهو علىٰ إِذْنِه.

---

(١) وقع بالأصل: «في الحرابة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٣٤/٢٥].

(٣) وقع بالأصل: «وأخذه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

قَالَ: وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ؛ صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَقَالَ الشَّافعيُّ ﵀: يَبْقَى مَأْذُونًا؛ لِأَنَّ الْإِبَاقَ لَا يُنَافِي اِبْتِدَاءَ الْإِذْنِ، فَكَذَا لَا يُنَافِي الْبَقَاءُ وَصَارَ كَالْغَصْبِ.

غاية البيان

وبنَفْسِ الأخذِ هل يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه؟ بعضُهم قال: يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه على قياسِ مسألةِ الإِبَاقِ؛ لأنه يَنْقَطِعُ نَفْعُ تَصرُّفاتِه عن مولاه بأخْذِهِم، والصحيحُ: أنه لا يَصِيرُ مَحْجُورًا؛ لأن أخْذَهم بمنزلةِ الغَصْبِ قَبلَ أنْ يُحْرِزُوهُ بالدارِ، وبِالغَصْبِ لا يَنْحَجِرُ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ؛ صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1].

قال صاحبُ «الهداية» ﵀: (وَقَالَ الشَّافعيُّ ﵁ [٧/٤٠ظ/م]: يَبْقَى مَأْذُونًا[2])، ولم يَذْكرْ خلافَ زُفَرَ ﵀، كما لم يَذْكُرْهُ خُوَاهَرْ زَادَه ﵀ في «مبسوطه».

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الكافي»: «وقال زُفَرُ: لا يَنْحَجِرُ بِالْإِبَاقِ».

لنا: أن إباقَهُ يُبْطِلُ تصرُّفَ المولَى فيه، فيَبْطُلُ إِذْنُه في التِّجَارَةِ، فصار كَجُنُونِ المولَى وبَيْعِه، ولأن إباقَه يُوجِبُ العُقُوبَةَ عليه، فعُوقِبَ بإعادةِ الحَجْرِ عليه، كالرِّدَّةِ واللحوقِ بدارِ الحربِ.

احتجَّا: بأن الإِبَاقَ لا يمْنَعُ ابتداءَ الإِذْنِ، فلا يَمْنَعُ استدامتَهُ، كما لو غصَبه غَاصِبٌ.

قُلنا: الغَصْبُ غيرُ مُسلَّمٍ؛ لأنه لا يَجُوزُ أن يَبْتَدِئَ الإِذْنَ للإباقِ، إليه ذهبَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٥٥٦]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣/١٩٧].

وَلَنَا: أَنَّ الْإِبَاقَ حَجْرٌ دَلَالَةً ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَىٰ بِكَوْنِهِ مَأْذُونًا عَلَىٰ وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ مِنْ تَقْضِيَةِ دِينِهِ بِكَسْبِهِ ، بِخِلَافِ اِبْتِدَاءِ الْإِذْنِ ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا

غاية البيان

والمعنىٰ في الأصلِ: أنه يَجُوزُ تصرُّفُ المولَىٰ فيه بالمُعاوَضاتِ ، فجاز تصرُّفُه فيه بالإِذْنِ ، والآبِقُ لا يَجُوزُ تصرُّفُ المولىٰ فيه بالمُعاوضاتِ ، فلم يَجُزْ تصرُّفُه بالإِذْنِ ، وبعضُ مشايخِنا رحمهم الله جوَّزوا ابتداءَ الإِذْنُ للآبقِ ، ولم يُجَوِّزُوا إبقاءَ الإِذْنِ فيه ، وإليه ذهبَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**» ، وصحَّحه صاحبُ «**الهداية**» رحمه الله ، وفرَّقَ بينَ الابتداءِ والبقاءِ فقال: «الإِبَاقُ دليلُ الحَجْرِ ، فكان مَحْجُورًا عليه دلالةً ، بخلافِ ما أَذِنَ له ابتداءً ، حيثُ يَصِحُّ ؛ لأن الصريحَ يَفُوقُ الدلالةَ» .

بيانُ ذلك: أن الإِبَاقَ يُنَافِي ما هو المقصودُ بالإذنِ ، وهو الانتفاعُ بتصرُّفاتِه ، فإنَّ المولَىٰ إنما يَرْضَىٰ بتصرُّفاتِه لنَفْعٍ راجعٍ إليه ، لا إلىٰ العبدِ ؛ لأنَّ الإنسانَ إنما يَشْتَرِي العبدَ لينتَفِعَ به ، فإذا آلَ الأمرُ إلىٰ هذا فالظاهرُ أنه لا يَرْضَىٰ به ، فَيَكُونُ حَجْرًا مِن المولىٰ إيَّاهُ دلالةً ، ولا يُقالُ: إنما يُجْعَلُ ذلك حَجْرًا إذا علمَ ذلك العبدُ.

قلنا: العبدُ يَعْلَمُ أن المولَىٰ يَرْضَىٰ بكونِه مأذونًا في حالٍ يَرْجِعُ نَفْعُ تصرفاتِه إليه ، ولا يَرْضَىٰ به في غيرِ تلك الحالةِ ، فما هو دلالةُ الحَجْرِ في حقِّ المولَىٰ ، فهو دلالةُ العلمِ في حقِّ العبدِ.

وفصَّلَ شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «**شرح** [٣/٥٣ظ] **المَأْذُون الكبير**» الجوابَ في الغَصْبِ ، فقال: «إن بَقِيَ للمالكِ إمكانُ الأَخْذِ ، بأنْ كان الغَاصِبُ مُقِرًّا ، أوْ كان له بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ حاضرةٌ علىٰ ذلك ، فإنه يَصِحُّ الإِذْنُ له ؛ لأنه إذا بَقِيَ له إمكانُ الأخذِ ، فولايةُ المالكِ في رقبتِه وكَسْبِه باقيةٌ ، فإنه يَبِيعُ مِن الغَاصِبِ و[من][1] غيرِه ، فيَجُوزُ ، فيَصِحُّ الإِذْنُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«فا» ، و«غ» ، و«ر».

عِنْدَ وُجُودِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا، وَبِخِلَافِ الْغَصْبِ؛ لِأَنَّ الِانْتِزَاعَ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

غاية البيان

وإن لَمْ يَبْقَ له إمكانُ الأخذِ، بأنْ كان الغَاصِبُ جاحدًا، ولم تَكُنْ له بيِّنةٌ عادلةٌ، فإنه لا يَصِحُّ الإِذْنُ؛ لزوالِ ولايةِ البَيْعِ في رقبَتِه وكَسْبِه».

قال: «والدليلُ على أن المذهبَ في الغَصْبِ ما قُلنا [٧/٤١و/م]: ما قال محمَّدٌ ﷺ: أن العبدَ المَأْذُونَ إذا أَسَرَه العدوُّ، ولم يُحْرِزُوه بدارِ الحربِ، فانفلَتَ مِن أيديهم؛ عاد مأذونًا، وإن صاروا غاصِبين لهذا العبدِ؛ لأنه بَقِيَ لهم إمكانُ الأخذِ ما دامُوا في دارِنا؛ لأنهم مَقْهورون بدارِنا، ولهذا لا يَمْلكون».

ثم قال: «وقال أيضًا: إذا باع المولى العبدَ المَأْذُونَ مِن غيرِه شراءً فاسدًا، ثم إن المُشْتَرِيَ قبضَ بعدَما تفرَّقا بغيرِ إِذْنِ المولى، فإنه يَبْقَى العبدُ مأذونًا، وإنْ صار المُشْتَرِي غاصبًا [له][1]؛ لأنه لا يَمْلِكُ المُشْتَرِي العبدَ بقَبْضِه بعدَما تفرَّقا بغيرِ إِذْنِ البائعِ، ثم بَقِيَ الإِذْنُ لَمَّا كان له إمكانُ الأخذِ، فإنَّ المُشْتَرِيَ يُقِرُّ بأنَّ العبدَ مِلْكُه».

وذكَر محمَّدٌ ﷺ: أن الغَاصِبَ للعبدِ المَأْذُونِ إذا حلفَ ولم تَقُمْ لصاحبِ العبدِ بَيِّنةٌ، ثم إن صاحبَ العبدِ رأى عبْدَه بعدَ ذلك يَبِيعُ ويَشْتَرِي فسَكَت، فإنْ أقام البَيِّنةَ بعدَ ذلك وقُضِيَ له، فإن العبدَ لا يَكُونُ مأذونًا له، ورؤيةُ المولى عبْدَه يَبِيعُ ويَشْتَرِي بمنزلةِ الإِذْنِ إذا سكَت، ثم لم[2] يَثْبُتُ الإِذْنُ لَمَّا كان الغَاصِبُ جاحدًا، أوْ لم يَكُنْ له بَيِّنةٌ حاضرةٌ، فثَبَتَ أن الجوابَ في الغَصْبِ على التفصيلِ الذي ذَكَرْنا، وإذا ثبتَ أن الإِبَاقَ يَمْنَعُ ابتداءَ الإِذْنِ منَعَ البقاءَ أيضًا؛ لأن لبقاءِ الإِذْنِ حُكْمُ الابتداءِ.

ثم إذا عاد العبدُ مِن الإِبَاقِ هل يَعُودُ مأذونًا أمْ لا؟ قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ف»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «ثمَّة لم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

. . . .

زَادَه رحمه الله في «**مبسوطه**»: «لم يَذْكُرْه محمَّدٌ رحمه الله في الكتابِ»، أي: في «**الأصل**».

ثم قال: «وقد اختلف المشايخُ فيه، قال بعضُهم: بأنه لا يَعُودُ مأذونًا؛ لأنه زال ولايةُ البَيْعِ بِالْإِبَاقِ، فيُعْتَبرُ بما لو زال ولايةُ البَيْعِ بزوالِ مِلْكِه، ولو زال ولايةُ بَيْعِ المولَىٰ بزوالِه عن مِلْكِه، ثم عاد العبدُ إلىٰ قديمِ مِلْكِه؛ لا يَعُودُ مأذونًا، فكذلك هذا.

ومنهم مَن قال: يَعُودُ مأذونًا؛ لأن الإِبَاقَ لم يُزِلْ مِلْكَ المولىٰ، إلا أنه معَ قيامِ مِلْكِه حُجِرَ عُقُوبَةً له علىٰ عِصْيانِه، فإذا عاد إلىٰ طاعةِ المولىٰ وتاب؛ سقَطَ عنه العُقُوبَةُ».

قال خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «**مبسوطه**»: «**والصحيحُ**: أَلَّا يَعُودَ مأذونًا؛ لأنه وإن لم [٥٤/٣و] يَزُلْ عنه مِلْكُ المولىٰ؛ زالَ عنه ولايةُ البَيْعِ على البَتاتِ، فإنه إذا باع الآبِقَ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ، سواءٌ عادَ مِن الإِبَاقِ، أَوْ لم يَعُدْ، فيُعْتَبَرُ بما لو زال المِلْكُ، ولو زال المِلْكُ ثم عاد؛ لا يَعُودُ الإِذْنُ، فكذا إذا زال ولايةُ البَيْعِ علىٰ البَتاتِ ثم عاد».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**»: «فإنْ بايعَه رَجُلٌ ثم اختلَفا، فقال المولىٰ: كان آبِقًا، وقال الذي بايَعه: لم يَكُنْ آبِقًا. لم يُصَدَّقِ المولَىٰ علىٰ إباقِه إلا بِبَيِّنَةٍ؛ لأنه يدَّعِي الحَجْرَ بعدَ الإِذْنِ؛ ولأن [٤١/٧ظ/م] الظاهرَ يَشْهَدُ للآخَرِ؛ لأن الغالبَ في العبيدِ الانقيادَ والطاعةَ دونَ التمرُّدِ، فإنْ أقام المولىٰ البَيِّنَةَ أنه أَبَقَ منه إلىٰ موضعِ كذا، وأقام الذي بايَعَهُ البَيِّنَةَ أن المولىٰ أرسَله إلىٰ ذلك الموضعِ يَبِيعُ فيه ويَشْتَرِي؛ فالبينةُ بَيِّنَةُ الذي بايعَ[1] العبدَ أيضًا.

والقياسُ: أن تَكُونَ البَيِّنَةُ بَيِّنَةَ المولَىٰ؛ لأنه هو المدَّعِي، أَلَا تَرَىٰ أن القولَ قولُ الآخَرِ، ولكن نَقُولُ بأنَّ بَيِّنَةَ الذي بايَع العبدَ أكثرُ إثباتًا؛ لأنه يُثْبِتُ طاعةَ العبدِ،

---

(١) وقع بالأصل: «بايعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

قَالَ: وَإِذَا وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا ؛ فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا ؛ خِلَافًا لِزُفَرَ ﷺ، هُوَ يَعْتَبِرُ الْبَقَاءَ بِالِابْتِدَاءِ.

وَلَنَا: أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحَصِّنُهَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَيَكُونُ دَلَالَةُ الْحَجْرِ عَادَةً، بِخِلَافِ الِابْتِدَاءِ ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلَالَةِ. وَيَضْمَنُ الْمَوْلَى قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا دُيُونٌ لِإِتْلَافِهِ مَحَلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ، إِذْ بِهِ يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ وَبِهِ يَقْضِي حَقَّهُمْ.

غاية البيان

وكونُه مأذونًا ظاهرًا، وفي الحقيقةِ غرَضُه إثباتُ استحقاقِ رقبتِه بالدَّيْنِ، والمولى يُثْبِتُ الإِبَاقَ ظاهرًا، وفي الحقيقةِ غرَضُه نَفْيُ الاستحقاقِ، والبيِّناتُ حُجَّةُ المُدَّعِين، فكان قَبولُ بيِّنَةِ مَن هو مُدَّعٍ مِن كُلِّ وَجْهٍ أَوْلَى».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا ؛ فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصره**»[1]، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أَلَّا يَصِيرَ مَحْجُورًا، وبالقياسِ أَخَذَ زُفَرُ ﷺ. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «**مبسوطه**».

ولفظُ «**الجامع الصغير**»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه قال في الجاريةِ تَكُونُ للرَّجُلِ يَأْذَنُ لها في التِّجَارَةِ، فاستدانَتْ دَيْنًا أكثرَ مِن قيمَتِها، ثم دبَّرَها مولاها، قال: ما هي مَأْذُونٌ لها في التِّجَارَةِ على حالِها، والمولى ضامنٌ لقيمَتِها للغُرَمَاءِ، وإنْ كان وَطِئَها، فجاءَتْ بولدٍ، ولم يُدَبِّرْها ؛ فهذا حَجْرٌ عليها، والمولى ضامنٌ لقيمَتِها للغُرَمَاءِ»[2]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

وإنما لم يَكُنِ التَّدْبِيرُ حَجْرًا ؛ لأنه ليس بمُنافٍ للإذنِ، أَلَا تَرَى أنه لا يَمْنَعُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤٢].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٣].

قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْمَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا، فَدَبَّرَهَا الْمَوْلَىٰ؛ فَهِيَ مَأْذُونٌ لَهَا عَلَىٰ حَالِهَا؛ لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الْحَجْرِ، إِذْ الْعَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ

غاية البيان

ابتداءُ الإِذْنِ، فلأَنْ لا يَمْنَعُ البقاءَ أَوْلَىٰ، وليس بدافعٍ للإذنِ أيضًا دلالةً؛ لأن المُدَبَّرَة لا تُمْنَعُ مِن الخروجِ إلىٰ الحوائجِ، ولكنَّه بالتَّدْبِيرِ يَضْمَنُ قِيمَةَ المَأْذُونَةِ؛ لأنه أتلف رقبَتَها على الغُرَمَاءِ؛ لأنه قبلَ التَّدْبِيرِ كانت تُباعُ في دَيْنِهم، فبالتَّدْبِيرِ أبطلَ ذلك.

وأمَّا استيلادُ المَأْذُونَةِ: فالقياسُ: ألَّا يَكُونَ حَجْرًا عليها؛ لأنه لا يَمْنَعُ ابتداءَ الإِذْنِ، فإِنَّ مَن[1] أَذِنَ لأُمِّ ولدِه في التِّجَارَةِ صحَّ، فلأَنْ لا يَمْنَعَ البقاءَ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ البقاءَ أسهلُ [٣/٥٤ظ] مِن الابتداءِ قياسًا علىٰ التَّدْبِيرِ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أن الاِسْتِيلَادَ حجْرٌ عليها دلالةً؛ لأنَّ المولىٰ لا يَمْنَعُ أَمَتَه مِن الخروجِ، ويَمْنَعُ أُمَّ ولدِه مِن الخروجِ والبُرُوزِ، فكان الاِسْتِيلَادُ تحصِينًا لها، ومنْعًا عن الخروجِ، ولا تتأتَّىٰ التِّجَارَةُ إلا بالخروجِ والانتشارِ في الأرضِ، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ [٢/٤٢و/م] وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وهي قد مُنِعَتْ مِن الخروجِ والانتشارِ، فصارَتْ مَحْجُورَةً، وليس كذلك تدبيرُ المَأْذُونَةِ؛ لأن بالتَّدْبِيرِ لا يَمْتَنِعُ الخروجُ إلىٰ الحوائجِ، فلم يوجَدِ الحَجْرُ لا صريحًا ولا دلالةً، وليس كذلك إِذْنُه لأُمِّ ولدِه في التِّجَارَةِ ابتداءً؛ لأن دلالةَ الحَجْرِ لا تُعْتَبَرُ معَ صريحِ الإِذْنِ؛ لأنَّ الصريحَ أقوىٰ من الدلالةِ، ولكنَّ المولىٰ ضامنٌ قِيمَةَ المَأْذُونَةِ للغُرَمَاءِ بِالاِسْتِيلَادِ؛ لأنه أتلف رقبتَها علىٰ الغُرَماءِ لِمَا قُلنا.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْمَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا، فَدَبَّرَهَا الْمَوْلَىٰ؛ فَهِيَ مَأْذُونٌ لَهَا عَلَىٰ حَالِهَا**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**»[2]، وذلك لأن التَّدْبِيرَ لا يُنَافِي الإِذْنَ، ولكنه ضامنٌ لقيمَتِها، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا، وإنما وضعَ المسألَةَ في

---

(١) وقع بالأصل: «قال من». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٣].

الْمُدَبَّرَةِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمَيْهِمَا أَيْضًا، وَالْمَوْلَىٰ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ.

قَالَ: وَإِذَا حُجِرَ عَلَى الْمَأْذُونِ؛ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ أَوْ غَصْبٌ مِنْهُ أَوْ يُقِرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ فَيَقْضِيَ مِمَّا فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ.

غاية البيان

أكثرَ من القِيمَةِ حتىٰ يُعْلَمَ أن المولىٰ لا يَضْمَن إلا القِيمَةَ، لا الزِّيَادَةَ عليها، وإنِ استدانَتْ أكثرَ مِن القِيمَةِ.

قولُه: (بَيْنَ حُكْمَيْهِمَا)، أي: بَيْنَ حُكْمِ الإِذْنِ والتَّدْبِيرِ.

قولُه: (لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِإِتْلَافِهِ مَحلًّا تَعلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا حُجِرَ عَلَى الْمَأْذُونِ؛ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1]. وتمامُه فيه: «وقالا: لا يَصِحُّ إقرارُه»[2].

لهما: أن المُنَفِّذَ للإقرارِ هو الإِذْنُ، وقد بَطَل بالحَجْرِ للمُنافاةِ بينَهُما، فلا يَصِحُّ إقرارُه بعدَ الحَجْرِ، ويدُه التي هي عبارةٌ عن يدِ التَّصرُّفِ بطلَتْ بالحَجْرِ؛ لأنه انحجَر عن التَّصرُّفَاتِ بالإجماعِ، ولهذا إذا باع أوِ اشترىٰ بعدَ الحَجْرِ؛ لم يَصِحَّ، فيَصِيرُ ما في يدِه بمنزلةِ المُنْتَزعِ مِن يدِه.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٤٢].

(٢) قال في «التصحيح»: وصنيع «الهداية» صريح في ترجيح الأول ـ قول الإمام ـ. ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٨٤٧/٤]، «المبسوط» [٨٤/٢٥]، «بدائع الصنائع» [٢٠٦/٧]، «العناية» [٢٩٦/٩]، «التصحيح والترجيح» [ص٣١٣]، «مجمع الضمانات» [ص: ٤٣٤]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢٢٦/٢]، «الفتاوىٰ الهندية» [١٠٩/٥].

لَهُمَا: أَنَّ الْمُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِنَّ كَانَ الْإِذْنَ فَقَدْ زَالَ بِالْحَجْرِ، وَإِنْ كَانَ الْيَدَ فَالْحَجْرُ أَبْطَلَهَا؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ الْمَوْلَىٰ كَسْبَهُ

ولو انتزَعه المولىٰ مِن يدِه حقيقةً، ثم حجرَ عليه، ثم أقرَّ بذلك؛ لم يَصِحَّ، فكذا هذا، وكذا لا يَنْفُذُ إقرارُه في حقِّ رقبتِه، حتَّىٰ لا تُباعَ رقبتُه بإقرارِه بالدَّيْنِ بعدَ الحَجْرِ، فصار كما أقرَّ المَأْذُونُ بما في يدِه لغيرِ المولىٰ بعدَما باعه المولىٰ، أوْ وَهبَه لآخرَ.

والقياسُ: ما قالا؛ لأن هذا إقرارُ المَحْجُورِ، وإقرارُ المَحْجُورِ باطلٌ، كما إذا كان مَحْجُورًا بحَجْرٍ أصليٍّ، وهذا لأنه بالحَجْرِ يَنْحَجِرُ عن التِّجَارَاتِ أجمَع، وإقرارُه لو صحَّ إنما يَصِحُّ لأنه مِن توابعِ التِّجَارَاتِ وضروراتِه، ومتىٰ انحجرَ عمَّا هو أصْلٌ في البابِ؛ يَنْحَجِرُ عمَّا هو تابعٌ ضرورةً، ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن الصحيحَ للإقرارِ هو اليدُ علىٰ الأكسابِ.

ولهذا لا يصح إقرارُه فيما انتزَعه المولىٰ، واليدُ علىٰ الأكسابِ بعدَ الحَجْرِ عيْنُ ما كانت قبلَ الحَجْرِ؛ لأنَّ شَرْطَ ثبوتِه للمولىٰ هو الفراغُ عن حاجتِه، ولم يوجد [٣/٥٥و]؛ لأن إقرارَه بما في يدِه دليلُ حاجتِه إليه، وهذا [٧/٤٢ظ/م] لأن الحَجْرَ إنما يَعْملُ في حقِّ التَّصَرُّفَاتِ في المستقبلِ، لا في حقِّ التَّصَرُّفَاتِ الماضيةِ وحقوقِها بالإجماعِ، فإنه إذا بَقِيَ مِن حقوقِ التَّصَرُّفَاتِ الماضيةِ مِن الْإِيفَاءِ، والِاسْتِيفَاءِ، والردِّ، والاستردادِ؛ يَكُونُ ذلك إليه؛ لأنه قد يُحْجَرُ عليه وتَبْقَىٰ حقوقُ التَّصَرُّفَاتِ، وعُهْدَةُ بعضِها عليه للناسِ، وبعضُها له علىٰ الناسِ.

فلو قُلنا بعَمَلِ الحَجْرِ في ذلك؛ أَدَّىٰ إلىٰ إبطالِ حقوقِ الناسِ، ومتىٰ بَقِيَ مالكًا لذلك بعدَ الحَجْرِ؛ ملَكَ الإقرارَ به كما في حالةِ الإِذْنِ، بخلافِ المُنْتزعِ مِن يدِه، حيثُ لا يَصِحُّ إقرارُه به؛ لأن يدَ المولَىٰ ثابتةٌ عليه حُكْمًا وحقيقةً، وبخلافِ إقرارِه في حقِّ رقبتِه؛ لأنَّ مِلْكَ المولَىٰ ثابتٌ فيها، فلا يَجُوزُ القولُ بزوالِها عنه بلا

مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الْحَجْرِ، وَلَهُ أَنَّ [١٤٧/ظ] الْمُصَحِّحَ هُوَ الْيَدُ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُ

غاية البيان

رضاه، وليس الكسبُ كذلك؛ لأن شَرْطَ ثبوتِ المِلْكِ للمولىٰ فيه فراغُه عن حاجةِ العبدِ ولم يُوجَدْ، وبخلافِ إقرارِه بما في يدِه بعدَ أنْ يَبِيعَ؛ لأن تبدُّلَ المِلْكِ يُوجِبُ تبدُّلَ العينِ، كما عُرِفَ في قصَّةِ بَرِيرَةَ ﵂ فلا يَبْقَىٰ الإِذْنُ، ولا أثرُه الذي ثبَتَ بحُكْمِ المِلْكِ؛ لأن مِلْكَ المولىٰ قد زال، أَلَا تَرَىٰ أنه بعدَ أنْ بِيعَ لا يَبْقَىٰ خصْمًا في التَّصَرُّفَاتِ التي باشَرها قبلَ الحَجْرِ، مِن التَّسْلِيمِ، والتَّسَلُّمِ، والردِّ بالعيبِ، والاستراداد.

قال شيخُ الإسلامِ [المعروفُ][1] بخُوَاهَرْ زَادَه ﵀ في «مبسوطه»: «وإذا حَجَرَ الرَّجُلُ علىٰ عبْدِه المَأْذُونِ له في التِّجَارَةِ، فباع بعدَ ذلك واشترىٰ واستأجَر، أو آجَر بعضَ رَقِيقِه، أو آجَر نفسَه؛ كان ذلك باطلًا في قولِهم جميعًا، لا يَلْزَمُ العبدُ مِن ذلك قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأنه باع واشترىٰ وآجَر واستأجَر وهو مَحْجُورٌ، وهذه التَّصَرُّفَاتُ مِن العبدِ المَحْجُورِ باطلةٌ، سواءٌ كان في يدِه كَسْبٌ، أوْ لم يَكُنْ، وهذا بالإجماعِ.

فأمَّا إذا أَقَرَّ بالدَّيْنِ أوْ بالعينِ، هل يَصِحُّ إقرارُه؟

فهذا علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أن يَكُونَ في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ، أو لم يَكُنْ، فإنْ لم يَكُنْ في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ، فإنَّه لا يَصِحُّ إقرارُه للحالِ حتىٰ لا يُؤَاخَذَ به للحالِ، سواءٌ كان عليه دَيْنٌ، أو لم يَكُنْ عندَهم جميعًا.

أمَّا عند أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵄: فإنه لا يَصِحُّ إقرارُه بعدَ الحَجْرِ، وإنْ كان في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ، فإذا لم يَكُنْ في يدِه أَوْلَىٰ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

الْمَأْذُونِ فِيمَا أَخَذَهُ الْمَوْلَىٰ مِنْ يَدِهِ وَالْيَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً. وَشَرْطُ بُطْلَانِهَا بِالْحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ، وَإِقْرَارُهُ دَلِيلُ تُحَقِّقِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَىٰ

غاية البيان

وأمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: فلأنَّ إقرارَه إنما يَصِحُّ للحالِ بعدَ الحَجْرِ إذا كان في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ لبقاءِ أَثَرِ الإِذْنِ.

فأمَّا إذا لم يَكُنْ في يدِه كَسْبٌ، فإنه لا يَصِحُّ إقرارُه؛ لأنه زال الإِذْنُ والأَثرُ جميعًا، ولا بُدَّ بصحَّةِ إقرارِ العبدِ مِن أحدِهما، فإذا كان في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ، فهذا علىٰ ثلاثةِ أَوْجُهٍ:

إمَّا إنْ [٤٣/٧و/م] كان كلُّه فارغًا عن دَيْنِ الإِذْنِ، أوْ كان كلُّه مشغولًا بدَيْنِ الإِذْنِ، أو كان بعضُه فارغًا عن دَيْنِ الإِذْنِ، وبعْضُه مشغولًا، فإنْ كان كلُّه مشغولًا [٣/٥٥ظ] بدَيْنِ الإِذْنِ؛ فإنَّه لا يَصِحُّ إقرارُه في حقِّ الكسبِ الذي في يدِه، حتىٰ لا يُشارِكَ المُقَرُّ له بعدَ الحَجْرِ غُرَمَاءَ الإِذْنِ في كَسْبِ الإِذْنِ، بل يَكُونُ جميعُ الكسبِ لغرماءِ الإِذْنِ لوجهَيْنِ:

أحدُهما: أن دَيْنَ الحَجْرِ معَ دَيْنِ الإِذْنِ لم يَتَسَاوَيَا؛ لأنه وَجَب أحدُهما في حالةِ الإطلاقِ مِن كلِّ وَجْهٍ، والآخرُ وَجَب في حالةِ الإطلاقِ مِن [كلِّ][1] وَجْهٍ، وفي حالةِ الحَجْرِ مِن وَجْهٍ بمنزلةِ دَيْنِ الصحَّةِ مِن دَيْنِ المرضِ، ودَيْنُ المرضِ الواجبُ بإقرارِ المريضِ مُؤَخَّرٌ عن دَيْنِ الصحَّةِ، حتَّىٰ إذا كان مالُ المريضِ كلُّه مشغولًا بدَيْنِ الصحَّةِ؛ لا يَصِحُّ إقرارُه بدَيْنِ المرضِ، فكذا هذا.

والثاني: أن إقرارَ العبدِ بعدَ الحَجْرِ إذا كان في يدِه كَسْبُ الإِذْنِ بمنزلةِ إقرارِ الوَارِثِ علىٰ مُورِثِه؛ لأن صحَّةَ إقرارِ العبدِ للحالِ باعتبارِ ما في يدِه مِن الكسبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، لا باعتبارِ أنه مُكَلَّفٌ، حتىٰ لو لم يَكُنْ في يدِه كَسْبٌ؛ لا يَصِحُّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَىٰ ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ ، وَكَذَا مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ الْمِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ ....

غاية البيان

إقرارُه للحالِ ، كإقرارِ الوَارِثِ على مُورِثِه إنما صحَّ باعتبارِ ما في يدِه مِن التَّرِكَة ، لا مِن حيث إنه مُكَلَّف ، حتىٰ لو لم يكن في يده شيء مِن التَّرِكَةِ ، فإنه لا يَصِحُّ إقرارُه على المُوَرثِ ، ثم المُوَرثُ إذا أقرَّ بدَيْنِ المُوَرثِ ؛ فإنه لا يَصِحُّ إذا لم يَتْرُكِ الميِّتُ شيئًا ، وإذا ترَكَ فإنه يَصِحُّ إذا كان فارغًا عن دَيْنِ الميِّتِ ، وإنْ كان كلّه مشغولًا بدَيْنِ الميِّتِ ؛ فإنَّه لا يَصِحُّ ، فكذلك هذا.

وإنْ كان بعضُ ما في يدِه فارغًا عن دَيْنِ الإِذْنِ ، وبعْضُه مشغولًا ؛ صحَّ إقرارُه عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله بقَدْرِ الفارغِ عن دَيْنِ الإِذْنِ على العبارتَيْنِ جميعًا.

أمَّا على العبارةِ الأُولىٰ: فلأنَّ دَيْنَ الحَجْرِ مِن دَيْنِ الإِذْنِ بمنزلةِ دَيْنِ الصحَّةِ مِن دَيْنِ المرضِ ، ثم مالُ المريضِ إذا كان مشغولًا بدَيْنِ الصحَّةِ ، وبعضُه فارغًا ؛ صحَّ بقَدْرِ الفارغِ عن دَيْنِ الصحَّةِ ، فكذلك هذا.

وأمَّا على العبارةِ الثانيةِ: فلأنَّ إقرارَه بعدَ الحَجْرِ بمنزلةِ إقرارِ الوَارِثِ على مُورِثِه ، وبعضُ تركةِ الميِّتِ مشغولٌ بدَيْنِه ، وبعضُها فارغٌ ، فإنْ أقرَّ الوَارِثُ على المُوَرثِ ؛ يَصِحُّ بقَدْرِ الفارغِ مِن الدَّيْنِ ، فكذلك هذا.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله: إقرارُه بعدَ الحَجْرِ باطلٌ ، لا يَلْزَمُهُ من ذلك قليلٌ ولا كثيرٌ في الأحوالِ كلِّها ، وما قالا: قياسٌ. وما قاله أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: استحسانٌ ، وهذا كلُّه إذا كان العبدُ باقيًا في مِلْكِه.

فأمَّا إذا خرَج عن مِلْكِه بالبيعِ ، أو بالهِبَةِ ؛ فإنه لا يَصِحُّ لا تجارتُه [٧/٤٣ظ/م] ، ولا إقرارُه عندَهم جميعًا ، سواءٌ كان في يدِه كَسْبٌ ، أو لم يَكُنْ».

فَلَا يَبْقَىٰ مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ الْمِلْكِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ.

قَالَ: وَإِذَا لَزِمَهُ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ؛ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَىٰ مَا فِي يَدِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ مِنْ كَسْبِهِ عَبْدًا؛ لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ رَقَبَتِهِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ

غاية البيان

قولُه: (فَلَا يَبْقَىٰ مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ الْمِلْكِ)، أي: لا يَبْقَىٰ للعبدِ المَأْذُونِ بعدَ بَيْعِه ما ثبتَ له من الإِذْنِ قَبْلَ البَيْعِ بحُكْمِ أنه مِلْكُ المولَىٰ؛ فلا جَرَم لم يَصِحَّ إقرارُه بما في يدِه بعدَ البَيْعِ؛ لعدمِ بقاءِ الإِذْنِ.

قولُه: (وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ)، إيضاحٌ لقولِه: (فَلَا يَبْقَىٰ مَا ثَبَتَ [٣/٥٦و] بِحُكْمِ الْمِلْكِ)، وقولُه: (قَبْلَ الْبَيْعِ)، ظَرْفٌ لقولِه: (بَاشَرَهُ).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا لَزِمَهُ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ؛ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَىٰ مَا فِي يَدِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ مِنْ كَسْبِهِ عَبْدًا؛ لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ)[١]، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[٢].

ومعنىٰ قولِه: (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ)، أي: علىٰ المولَىٰ قِيمَةُ العبدِ المُعْتَقِ للغُرَمَاءِ إن كان المولَىٰ مُوسِرًا، وإنْ كان مُعْسِرًا؛ فللغُرَمَاءِ أنْ يُضَمِّنُوا العبدَ المُعْتَقَ، ويَرْجِعُ هو بذلك علىٰ المولَىٰ، وبه صَرَّح الكَرْخِيُّ في «مختصره»[٣].

---

(١) قال في «التصحيح»: واختار قول الإمام المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة. ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٢٩٢]، «بدائع الصنائع» [٧/١٩٩]، «الاختيار» [٢/١٠٣]، «الجوهرة النيرة» [١/٤٧٥]، «نتائج الأفكار» [٩/٢٩٩ - ٣٠١]، «التصحيح والترجيح» [ص٣١٣]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢/٢٢٦].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٤].

إِعْتَاقَهَا، وَوَطْءَ الْجَارِيَةِ الْمَأْذُونِ لَهَا، ....

وقال في «إشارات الأسرار»: «الدَّيْنُ المحيطُ برقبةِ المَأْذُونِ وكَسْبِه، يَمْنَعُ مِلْكَ المولى في الكسبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه خلافًا لهما».

وَجْهُ قولِهما: أن دَيْنَ العبدِ المُحيطَ لا يَمْنَعُ مِلْكَ المولى في كَسْبِ العبدِ؛ لوجودِ استحقاقِ المولَى كَسْبَه، وهو مِلْكُ الرَّقَبَةِ، أَلَا تَرَى أن المولَى يَمْلِكُ إعتاقَ المَأْذُونِ، وإنْ كان الدَّيْنُ محيطًا برقبتِه وكَسْبِه.

فَعُلِمَ: أن سببَ الاستحقاقِ في الكسبِ موجودٌ، وكذا يَمْلِكُ وَطْءَ أَمَتِه المَأْذُونِ لها، بخلافِ الدَّيْنِ المُحيطِ بِالتَّرِكَةِ، حيثُ يَمْنَعُ مِلْكَ الوَارِثِ؛ لأن ثبوتَ المِلْكِ للوَارِثِ على سبيلِ النظرِ للميِّتِ.

فإنْ صَرَفَ تَرِكتَه إلى الأقربِ؛ فالأقربُ أنفعُ للميِّتِ، فلا جَرَمَ قُدِّمَ الدَّيْنُ على الإِرْثِ؛ لأن الصرْفَ إلى الدَّيْنِ أَوَّلًا أنظرُ للميِّتِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ حائلٌ بينَه وبينَ الجنَّةِ، فترتَّب ثبوتُ المِلْكِ للوَارِثِ على قضاءِ الدَّيْنِ، وفيما نحن فيه مِلْكُ المولى في كَسْبِ العبدِ ما كان نظرًا للعبدِ، بل كان حقًّا للسيِّدِ بسببِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ، فمَلَكَ المولى الكسبَ، ولم يَمْنَعْ تعلُّقَ قضاءِ الدَّيْنِ به؛ إذِ القضاءُ مُمْكِنٌ معَه.

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أن الأصلَ في كَسْبِ العبدِ المَأْذُونِ: أن يَكُونَ هو أَوْلَى به؛ لأن الكسبَ للكاسِبِ لوقوعِ التَّصَرُّفِ له، فيَحْصُلُ الاكتسابُ أَوَّلًا[1] للعبدِ، ثم يَنْتَقِلُ إلى المولَى مِن جهتِه مِن طريقِ الحُكْمِ إذا فرغَ الكسبُ عن حاجَتِه، كما يَنْتَقِلُ المالُ مِن جهةِ الميِّتِ إلى الوَارِثِ، ثم دَيْنُ الميِّتِ إذا كان محيطًا بمالِه يَمْنَعُ انتقالَه إلى الوَارِثِ، فكذلك دَيْنُ العبدِ [٧/٤٤و/م] إذا كان محيطًا بكَسْبِه؛ يَمْنَعُ انتقالَه إلى المولَى.

---

(١) وقع بالأصل: «الأكساب أولى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

. . . .

وتحقيقُه: أن المولىٰ لَمَّا أَذِنَ له في التِّجَارَةِ مع عِلْمِه أن الناسَ لا يُبايعونَهُ إذا لم يُقْضَ دُيونُهم مِن كَسْبِه؛ جعلَه أخصَّ بمَكاسبِه، فما لم يَفْضُلْ كَسْبُه عن دَيْنِه؛ لا يَمْلِكُه المولَىٰ، فإذا ثبتَ أن الدَّيْنَ المحيطَ يَمْنَعُ مِلْكَ المولَىٰ في كَسْبِ العبدِ المَأْذُونِ؛ لم يَمْلِكِ المولىٰ إعتاقَ عبْدٍ مِن كَسْبِه؛ لأنه لا عِتْقَ فيما لا يَمْلِكُه ابنُ آدمَ، **عندَهما**: لَمَّا مَلَكه المولىٰ صحَّ إعتاقُه.

وهذا معنىٰ قولِه: ([فَالْعِتْقُ][1] **فُرَيْعَتُهُ**)، أي: فُرَيْعةُ المِلْكِ.

وعندَهما: يَضْمَنُ قيمَتَهُ للغُرَمَاءِ [٣/٥٦ظ]؛ لأنه أتلفَ محلًّا تعلَّقَ به حقُّ الغُرَمَاءِ.

وتمامُ البيانِ: ما قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «وإنْ صار في يدِ المَأْذُونِ له في التِّجَارَةِ مِن تجارتِه عبْدٌ، فأعتقَه مولاه، فإنْ لم يَكُنْ علىٰ العبدِ دَيْنٌ؛ جاز عِتْقُه، وخرَجَ مِن تجارةِ العبدِ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ: إنْ كان الدَّيْنُ غيرَ مُسْتَغْرَقٍ برقبَتِه، وبما في يدِه؛ يَجُوزُ عِتْقُه أيضًا، ويَضْمَنُ قيمتَه للغُرَمَاءِ؛ لأنه أتلَفَ عليهم كَسْبَه، وإن كان الدَّيْنُ مُسْتغرِقًا برقبَتِه، وبما في يدِه فأعتقَ عبْدَ عَبْدِه، فإنه لا يَنْفُذُ عِتْقُه عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، **وعندَهما**: يَنْفُذُ.

فأصْلُ المسألة: أن الدَّيْن إذا كان مُحيطًا برقبَتِه، وبما في يدِه؛ يَمْنَعُ مِلْكَ السيِّدِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه. **وعندَهما**: لا يَمْنَعُ.

وكان أبو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: إن الدَّيْنَ وإنْ كان غيرَ محيطٍ؛ يَمْنَعُ مِلْكَ السيِّدِ أيضًا، ولا يَنْفُذُ عِتْقُه في عبْدِ عَبْدِه، ثم رَجَعَ إلىٰ ما ذَكَرْنا، ولو أن الدَّيْنَ سَقَطَ بوجهٍ مِن الوجوهِ، أو باعوا ذلك مِن المولىٰ نَفَذَ عِتْقُه؛ لأن العتقَ في حقِّه نافذٌ، إلا أنه في حقِّ الغُرَمَاءِ لا يَنْفُذُ، فإذا سقطَ حقُّهم يَنْفُذُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

وَهَذَا آيَةُ كَمَالِهِ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ الْمِلْكَ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرِكَتِهِ.

أَمَّا مِلْكُ الْمَوْلَىٰ مَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ. وَلَهُ أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَىٰ إِنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافُهُ عَنِ الْعَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الْوَارِثِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ وَالْمُحِيطُ بِهِ الدَّيْن مَشْغُولٌ بِهَا ....

غاية البيان

وكذلك الوَارِثُ إذا أعتقَ عبدًا مِن التَّرِكَةِ، وعلى الميِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ؛ فإنه لا يَنْفُذُ عِتْقُه، ثم إذا سقطَتِ الديونُ بوجْهٍ مِن الوجوهِ؛ نَفَذَ عِتْقُه، وإنْ كان الدَّيْنُ غيرَ مُسْتَغْرِقٍ؛ نَفَذَ عِتْقُه، ويَضْمَنُ قيمَتَه للغُرَمَاءِ. وكان أبو حَنِيفَةَ ﷺ يَقُولُ أَوَّلًا: لا يَنْفُذُ عِتْقُه.

وكذلك المُوصَىٰ له إذا أعتَقه العبدُ المُوصَىٰ به، وعلى الميِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، فلا يَنْفُذُ عِتْقُه، ولكن إذا مَلَكه بعدَ ذلك نَفَذَ عِتْقُه، وكذلك عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: المُرْتَدُّ إذا أعتقَ عبْدَه لا يَنْفُذُ، وإنْ أسلَم بعدَ ذلك نَفَذَ»[(١)]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

قولُه: (وَهَذَا آيَةُ كَمَالِهِ)، أي: مِلْكُ الإعتاقِ وَوَطْءُ الجاريةِ كمالُ مِلْكِ المولىٰ في الرَّقَبَةِ.

قولُه: (وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ)، [أي: النظرُ للمُورِثِ عندَ إحاطةِ الدَّيْنِ][(٢)] بِالتَّرِكَةِ في ضدِّ المِلْكِ للوَارِثِ، وهو أَلَّا يَثْبُتَ المِلْكُ له.

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَا)، إشارةٌ [٤٤/٧ظ/م] إلى ما ذكرَ قبلَ ورقةٍ بقوله: (لِأَنَّ الْمَوْلَىٰ إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ).

قولُه: (مَشْغُولٌ بِهَا)، أي: بحاجةِ العبدِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٦٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

فَلَا يَخلفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ المِلْكِ وَعَدَمُهُ فَالْعِتْقُ فُرَيْعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ.

قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ؛ جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا أَمَّا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ قَلِيلِهِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَانْسَدَّ

غاية البيان

قولُه: (فَلَا يَخلفُهُ فِيهِ)، أي: لا يَخْلُفُ المولَىٰ العبدَ في الكسبِ المُحيطِ به الدَّيْنِ.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ؛ جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)، يَعْنِي: إذا لم يَكُنْ دَيْنُ العبدِ المَأْذُونِ محيطًا؛ جاز إعتاقُ المولىٰ عبدًا مِن كَسْبِ المَأْذُونِ.

قال في بيوعِ «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﵀: في رَجُلٍ أَذِنَ لعبْدٍ في التِّجَارَةِ، فاشترىٰ عبدًا يُساوي ألفًا، وهو يُساوي ألفًا، وعلىٰ الأَوَّلِ ألفُ درهمٍ دَيْنًا، فأعتقَ المولىٰ العبدَ المُشْتَرَىٰ، فعِتْقُه جائزٌ، وإنْ كان الدَّيْنُ ألفَيْ درهمٍ مثلُ قِيمَتِهما؛ لَمْ يَجُزْ عِتْقُه.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﵄: عِتْقُه جائزٌ في الوجهَيْنِ جميعًا»[1]، وذلك لأن الدَّيْنَ إذا لم يَكُنْ مُحيطًا [٣/٥٧و] برقبةِ العبدِ وبما في يدِه؛ لا يَمْنَعُ مِلْكَ المولَىٰ بالاتِّفاقِ إلَّا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀ أوَّلًا.

قال الصدرُ الشهيدُ ﵀ في «شرح الجامع الصغير»: «وكان يَنْبَغِي أن يَكُونَ القليلُ مانعًا إلَّا أنَّا لو قُلْنَا بهذا يُؤَدِّي إلىٰ أمْرٍ مُحالٍ؛ لأنه يُؤَدِّي إلىٰ ألَّا يَقَعَ المِلْكُ له في الكسبِ الكثيرِ بسببِ دَانِقٍ، ولهذا لم يَمْنَعْ في التَّرِكَةِ للوَارِثِ، والمُسْتغرقُ يَمْنَعُ»[2].

قولُه: (عَنْ قَلِيلِهِ)، أي: قليلِ الدَّيْنِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٣٩].

بَابُ الانْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُّ مَا هُوَ المَقْصُود مِنَ الْإِذْنِ وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ مِلْكَ الوَارِثِ وَالمُسْتَغْرِقُ يَمْنَعُهُ.

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ؛ لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ.

غاية البيان

قولُه: (مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْإِذْنِ)، وهو الانتفاعُ بكَسْبِ المَأْذُونِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ باعه بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ»[1].

اعلم: أن العبدَ [المَأْذُونَ][2] المَدْيُونَ إذا باع مِن مولاه شيئًا بمثلِ قيمَتِه؛ جاز باتِّفاقِ أصحابِنا جميعًا؛ لأن البَيْعَ مفيدٌ.

أمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁: فلأنه يُفيدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ والتَّصرُّفَ في الكسبِ؛ لأنَّ دَيْنَ العبدِ يَمْنَعُ مِلْكَ المولى في الكسبِ، والبَيْعُ أفاد المِلْكَ فيه.

وأمَّا عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵄: فلأنه يَسْتَفِيدُ مِلْكَ اليدِ والتَّصرُّفَ في كَسْبِ العبدِ، ويَجُوزُ أنْ يَثْبُتَ للعبدِ على مولاه دَيْنٌ؛ لأنه مُفيدٌ لحَقِّ الغُرَمَاءِ، كما يَثْبُتُ المِلْكُ له في كَسْبِه[3].

ولهذا لو استهلكَ المولى شيئًا مِن كَسْبِ عَبْدِه المَأْذُونِ المَدْيُونِ؛ يَضْمَنُه للعبدِ، فصار كبَيْعِ المُضَارِبِ مالَ المُضَارَبةِ مِن ربِّ المالِ[4]؛ لأنه يَسْتَفِيدُ التَّصرُّفَ، بخلافِ ما إذا لم يَكُنْ على العبدِ دَيْنٌ، حيثُ لا يَجُوزُ بَيْعُه مِن مولاه؛

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٣) ينظر: «المبسوط» [٢٦/ ٥٤]، «الجوهرة النيرة» [١/ ٣٩٥]، «حاشية ابن عابدين» [٥/ ٥٥٣].

(٤) وقع بالأصل: «المولى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

. . . .

لأنه ليس بمفيدٍ؛ لأن مولاه يملكُ كسْبه رقبةً وتصرُّفًا، هذا إذا باعه بمثل القيمة.

أمَّا إذا باعه من مولاه بأقلَّ مِن قيمتِه، بأنْ حابَىٰ في الثمن، هل يجُوزُ أمْ لا؟ أطلقَ القُدُوريُّ رحمه الله الجواب في «**مختصره**» بلا ذِكْرِ الخلاف، فقال: «وإنْ باعه بنُقْصَانٍ لَمْ يَجُز»[1].

وقال الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله [٧/٤٥و/م] في كتابِ المَأْذُونِ مِن «**شرح الطَّحاويّ**»: «والعبدُ المَأْذُونُ له في الشُّفْعَةِ فيما بيْنَه وبينَ مولاه، وبيْنَه وبينَ غيرِه كالحُرِّ»[2].

بيانُه: [أن][3] المولَىٰ إذا باع دارًا بجَنْبِ دارِ العبدِ، إن لم يَكُنْ علىٰ العبد دَيْنٌ، فلا شُفْعَةَ له؛ لأنه لو أخَذَه أخَذَه لمولاه.

والأصلُ: أن كلَّ مَن باع أوْ بِيعَ له؛ فلا شُفْعَةَ له، وإنْ كان عليه دَيْنٌ أخذ الدارَ بِالشُّفْعَةِ، وكذلك لو باع العبدُ دارًا والمولىٰ شَفِيعُها، إن كان العبدُ لا دين عليه؛ فلا شُفْعَةَ له؛ لأنه بِيعَ له، وإن كان عليه دَيْنٌ؛ فله الشُّفْعَةُ، ولوِ اشترىٰ العبدُ دارًا والمولىٰ شَفِيعُها، فإن لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، فالدارُ للمولَىٰ، ولا حاجةَ إلىٰ الأخذ بِالشُّفْعَةِ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ؛ فله أنْ يأخُذَها بِالشُّفْعَةِ.

ولو أن المولىٰ باع دارًا مِن العبدِ: إن لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ؛ فلا يَكُونُ بيعًا، وإنْ كان عليه دَيْنٌ فَالبَيْعُ جائزٌ، ويأخُذُ الشَّفِيعُ إن كان بمِثْلِ قيمَتِه أوْ أقلَّ، وإن كان أكثرَ من قيمَتِه؛ فَالبَيْعُ باطلٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، ولا شُفْعَةَ فيه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: المولىٰ بالخيارِ: إنْ شاء أبطلَ الزِّيادَةَ، ويَجُوز

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٤١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/٢٨٣] مخطوط مكتبة جار الله رقم [٦٦٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

. . . .

بَيْعٌ. ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ بما سلمَ للعبدِ، وإنْ شاء رَدَّ البَيْعَ، فلا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ إلّا أنْ يَأْخُذَ بجميعِ الثمنِ.

وإنْ كان على العبدِ دَيْنٌ، فباع دارًا مِن [٣/٥٧ظ] المولَى، إنْ كان أكثرَ مِن قيمَتِه أوْ بمثلِها؛ جاز ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ الدارَ بِالشُّفْعَةِ، وإن كان أقلَّ مِن قيمَتِه؛ فَالبَيْعُ فاسدٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، ولا شُفْعَةَ فيها، وعندَهما: المُحَابَاةُ لا تَجُوزُ، ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ الدارَ بِالقِيمَةِ إنْ شاء»[1]. إلى هنا لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ رحمه الله».

فَعُلِمَ بهذا: أن جوابَ القُدُورِيِّ وقَع على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ خاصَّةً، ولهذا قال صاحبُ «الهداية» رحمه الله بعدَ هذا: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى: إنْ شَاءَ أَزَالَ الْمُحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَض)، أيْ: فَسَخَ البَيْعَ.

وقال شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «شرح المَأْذُون الكبير»: «إذا باع العبدُ مِن مولاه عَيْنًا مِن أعيانِ كَسْبِه بأقلَّ مِن قيمَتِه، بحيثُ يتَغَابَنُ الناسُ في مثلِه أوْ لا يتَغَابَنُ الناسُ في مثلِه؛ فَالبَيْعُ جائزٌ، ويُقَالُ للمولَى: أنتَ بالخيارِ ما دام العينُ قائمًا، إنْ شِئْتَ بلِّغَ الثمنَ إلى تمامِ قِيمَةِ العينِ، وإنْ شِئْتَ فانْقُضِ البَيْعَ».

قال: «هكذا ذكرَ في الكتابِ ولم يَحْكِ فيه خلافًا»، أي: ذكَر محمَّدٌ رحمه الله في كتابِ المَأْذُونِ.

ثم قال: «قالوا: ما ذكرَ في الكتابِ قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله فأمَّا على قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: فَالبَيْعُ لا يَجُوزُ، وإنْ بلَّغَ المولى الثمنَ إلى تمامِ القِيمَةِ».

---

[1] ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٤٦٨].

وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، ....

ثم قال: وعلى هذا الخلاف إذا اشترى العبدُ من مولاه [...] شيئًا وحابى في الثمن بما يتغابنُ الناسُ في مثله، أو لا يتغابنُ الناسُ وعليه دَيْنٌ(١)؟ ... هكذا حكي عنه ﷺ.

وقال في «المختلف»: «وهو نظيرُ اختلافِهم في بيعِ المريضِ عَيْنًا من وارثه أنه لا يجوزُ عنده أصلًا. وعندهما: لا تجوزُ المُحَابَاةُ، والجامعُ التُّهَمَةُ.

وفرَّق أبو حنيفةَ ﷺ بينهما في حُكْمٍ، وهو أن البَيْعَ بمثلِ القيمةِ هنا يجوز، وفي المريضِ لا يجوزُ؛ لأن نفسَ الإيثارِ بالعينِ فيه تُهمةٌ، والتُّهْمَةُ هنا في النُّقصانِ».

وقال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «والصحيحُ أنه يصحُّ على قولِ الكُلِّ؛ لأنَّ المولى بسبيلٍ مِن تخليصِ كَسْبِه بعد[...] بالقيمةِ بدونِ البَيْعِ، فلأَنْ يكونَ ذلك بالبيعِ أَوْلَى، ولو كان المولَى أخذه واستهلكه، فعليه الثمنُ، وتمامُ القيمةِ؛ لأن المولَى مُخَيَّرٌ بينَ تتميمِ القيمةِ، وبين نقضِ البَيْعِ، فمتى استهلكه؛ تعذَّر نقضُه؛ فيلزَمُهُ تتميمُ القيمةِ».

قولُه: (لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ)، أي: [في](٢) حقِّ المولَى، يعني: أن العبدَ مُتَّهَمٌ بالميلِ إلى مولاه، وإيثارِه على الغُرَماءِ، فلهذا لَمْ يجُزْ بَيْعُهُ من مولاه بالغَبْنِ اليسيرِ، كالمريضِ إذا باع شيئًا مِن التَّرِكَةِ المُسْتغرقَةِ بالدَّيْنِ بِمُحَابَاةٍ يسيرةٍ؛ لا يجوزُ البَيْعُ؛ لأن مَن كان مُتَّهَمًا في حقِّ الغيرِ غيرَ مُسَلَّطٍ على التَّصرُّفِ مِن جهتِه، يستوي في حقِّه المُحَابَاةُ اليسيرةُ والفاحشةُ؛ لتمكُّنِ التُّهْمَةِ؛ كالشاهدِ في حقِّ مَن يُتَّهَمُ لا تُقْبَلُ شهادتُهُ بالقليلِ والكثيرِ.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٨٤٦].

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من: «ف»، و«ك»، و«غ»، و«ط»، و«ع»، و«ر».

بخلافِ مَا إذَا حَابَى الأَجْنَبِيَّ عِنْدَ أبِي حنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهمَةَ فيه، وبخلافِ ما باعَ المَرِيضُ مِنَ الوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ، حَيْثُ لا يَجُوزُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمُ [١٤٨ و] الِاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ.

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إذَا حَابَى الأَجْنَبِيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀) [٣٠٨/ و]، يتعلَّقُ بقولِه: (لَمْ يَجُزْ)، يَعْنِي: أن المُحَابَاةَ اليَسِيرَةَ معَ المولى ليست بمَعْفُوَّةٍ لِلتُّهْمَةِ، ومعَ الأجنبيِّ معفُوَّةٌ لعدمِ التُّهمةِ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَ المَرِيضُ مِنَ الوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ[1]، حَيْثُ لَا يَجُوزُ)، هذا يُرْوَىٰ بالواوِ وبدونِ الواوِ[2].

وَجْهُ الواوِ: أن يُقَالَ: إن العبدَ إذا باع مِن مولاه بِنُقْصَانٍ؛ لَمْ يَجُزْ لِلتُّهْمَةِ، وإذا باعَ منه بمثلِ القِيمَةِ؛ جاز لعدمِ التُّهمَةِ، بخلافِ بَيْعِ المريضِ مِن الوَارِثِ بمثلِ القِيمَةِ، حيثُ لا يَجُوزُ أصلًا، كما لا يَجُوزُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن التُّهْمَةَ في بَيْعِه مِن الوَارِثِ في إيثارِ العينِ، والتُّهْمَةُ قائمةٌ كيف ما كان البيعُ[3]، وفي البَيْعِ مِن المولىٰ التُّهْمَةُ في النُّقْصَانِ، فجاز البَيْعُ بمِثْلِ القِيمَةِ، ولم يَجُزْ بِالنُّقْصَانِ، فظَهَر الفرقُ،

---

(1) قولُه: «وَبِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَ المَرِيضُ مِنَ الوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ» هذا سهو من الشيخ ﵀. لأن المُحاباة لا تكون إلا بأقلَّ مِن القيمة، وأصْلُ المسألة بخلاف ما إذا باع المريض. هو الصحيح. والأول فاسد؛ لأن المحاباة بمثل القيمة لا تُسَمَّىٰ مُحاباة. كذا رأيتُه على حاشية نسخة المؤلف، ويغلِب على ظني أنه خطُّ الإمام العَيْنِيِّ رحمةُ الله عليهما. كذا جاء في حاشية: «م».

(2) وزيادة الواو: هي المثبتة في أكثر نُسَخ الهداية التي بين أيدينا، ومنها: نسخة الأَزْرَكَانِيُّ من «الهداية» [٢ ق١٤٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، في نسخة التابشوني من «الهداية» [ق ٢٨٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسميِّ من «الهداية» [ق ٢٤٩/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطَمُونِيِّ من «الهداية» [٢/ق٢٣٩/ب/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة نَصْر الله الحنفي من «الهداية» [٢/ق/١٢٧/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(3) وقع بالأصل: «المَبِيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«ع»، و«ر».

أَمَّا حَقُّ الْغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ لَا غَيْرُ فَافْتَرَقَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: إِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى

غاية البيان

وهذا لأنَّ حقَّ الورثةِ متعلِّقٌ بعينِ التَّرِكَةِ؛ وحقُّ الغُرَمَاءِ بالماليَّةِ، ولهذا كان للورثةِ حقُّ استخلاصِ التَّرِكَةِ بأداءِ ديونِ الغُرَمَاءِ مِن غيرِ التَّرِكَةِ. وهذا هو الصحيحُ على روايةِ الواوِ.

وجعَلَ بعضُهم ذلك متعلِّقًا بأوَّلِ المسألةِ، وهو قولُه: (وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ).

فأمَّا إذا رُوِيَ قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ [٧/٤٦و/م] الْمَرِيضُ)، بدونِ الواوِ.

قال بعضُهم: «إنه يتعلَّقُ بحُكْمِ قولِه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيَّ)، أي: أنه يجُوزُ في كلِّ حالٍ، يسيرةً كانتِ المُحَابَاةُ أو فَاحِشَةً، أوْ كان البَيْعُ بمِثْلِ القِيمَةِ

وبيعُ المريضِ مِن وارثِه لا يَجُوزُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله في كلِّ حالٍ مِن هذه الأحوالِ».

ثم قال: «وهذا أَوْجَه».

فأقولُ: لا وَجهَ لهذا عندي؛ لأنَّ المعلومَ مِن قولِه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيَّ). جوازُ البَيْعِ بِالمُحَابَاةِ، يسيرةً كانت أوْ فَاحِشَةً، ولا يَرِدُ عليه إشكالُ بَيْعُ المريضِ مِن وارثِه بمثلِ القِيمَةِ؛ لأنه لا دلالةَ لِلْبَيْعِ بمثلِ القِيمَةِ على المُحَاباةِ. فلا يَحْتَاجُ إذن إلى الفرقِ.

فَعُلِمَ: أن الوَجْه هو الروايةُ بالواو، وهي سماعُنا في نُسْخَتِنَا بخَطِّنَا[1].

---

(١) وهذه النسخةُ مِن أصحِّ نُسَخ «الهداية» وأتقَنِها وأضْبَطِها، كما ذَكَرْنا ذلك في مقدمة التحقيق. وقد أشار المؤلفُ هناك بالحاشية إلى الخلاف في زيادة الواو، وأجاب عنه بنحو ما أجاب هنا. ويُنْظَر كلامُه في حاشية النسخة التي بخطِّه مِن «الهداية» [٢/ق١٤٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا].

إِنْ شَاءَ أَزَالَ الْمُحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعِ، وَعَلَى الْمَذْهَبَيْنِ: الْيَسِيرُ مِنَ الْمُحَابَاةِ وَالْفَاحِشُ سَوَاءٌ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْغُرَمَاءِ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْمُحَابَاةِ الْيَسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلَا يُؤْمَرُ

غاية البيان

قولُه: (وَعَلَى الْمَذْهَبَيْنِ: الْيَسِيرُ مِنَ الْمُحَابَاةِ وَالْفَاحِشُ سَوَاءٌ)، [يعني][(١)]: على مذهبِ أبي حنيفةَ وعلى مذهبِ أبي يوسفَ[(٢)] ومحمَّدٍ ﷺ: هما سواءٌ، فيَجُوزُ البَيْعُ عندَهما، يسيرةً كانت المُحَابَاةُ أَوْ فَاحِشَةً، ولكن يُخَيَّرُ المولى بين تَتْمِيمِ القِيمَةِ، أَوْ نَقْضَ البَيْعَ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يَجُوزُ بَيْعُه مِن مولاه أصلًا بِالمُحَابَاةِ، يَسيرةً كانت أَوْ فَاحِشَةً.

قولُه: (وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْغُرَمَاءِ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ أَيْضًا)، أي: وَجْهُ جوازِ البَيْعِ مع تخييرِ المولَى: أن الامتناعَ في البَيْعِ بِالنُّقْصَانِ، لو[(٣)] كان إنما يَكُونُ لحقِّ الغُرَماءِ دفعًا للضررِ عنهم، وبالقولِ بجوازِ البَيْعِ مع تخييرِ المولَى بينَ إزالةِ المُحَابَاةِ، ونَقْضِ البَيْعِ؛ يَنْدَفِعُ الضررُ عن الغُرَمَاءِ، فلا حاجةَ إلى القولِ بامتناعِ البَيْعِ أصلًا، وذلك لأن تعلُّقَ حقِّ الغيرِ بكَسْبِه لا يَمْنَعُ مِن صحَّةِ تصرُّفِه ونفاذِه إذا كان مراعاةَ حقِّ الغيرِ مُمْكنًا مع نفاذِ [٣/٥٨ظ] العقدِ، وهو مُمْكِنٌ في الزِّيَادَةِ بالثمنِ، غيرَ أنَّا خيَّرْنا[(٤)] المولى؛ لأنه تَغَيَّرَ عليه شَرْطُ عَقْدِه،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «فيجوز البَيْع عندهما، وعلى مذهب أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٣) وقع بالأصل: «أو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

(٤) وقع بالأصل: «أخبرنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

بِإِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ، وَالْمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْغَبْنِ بِالْيَسِيرِ مِنْهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالْبَيْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا فِي الْبَيْعِ مَعَ الْمَوْلَىٰ لِلتُّهْمَةِ غَيْرَ تَبَرُّعٍ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ بِالْكَثِيرِ مِنَ الْمُحَابَاةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا عِنْدَهُمَا، وَمِنَ الْمَوْلَىٰ يَجُوزُ وَيُؤْمَرُ

غاية البيان

فأشبه المريضَ مرضَ الموتِ إذا باع مِن الأجنبيِّ شيئًا بأقلَّ مِن قيمَتِه، وعليه دَيْنٌ مُسْتَغرِقٌ؛ أنه يُخَيَّر مِن التبليغِ إلى تمامِ القِيمَةِ، أو الفسخِ، كذا هذا. كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ في «شرح الكافي».

ثم ورَد على قولِهما: «أن بَيْعَ العبدِ مِن مولاه بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ» سؤالانِ في بَيْعِ العبدِ مِن الأجنبيِّ بالمُحَابَاةِ:

أحدُهما: أن العبدَ المَأْذُونَ المَدْيُونَ إذا باع من مولاه بِمُحَابَاةٍ يسيرةٍ؛ يَجُوزُ البَيْعُ عندَهما، ولكن يُؤْمَرُ المولى بإزالةِ المُحَابَاةِ، ولا تَسْلَمُ المُحَابَاةُ له، فلو باع بِمُحَابَاةٍ يسيرةٍ مِن الأجنبيِّ يَجُوزُ البَيْعُ، ولا يُؤْمَرُ بإزالةِ المُحَابَاةِ للأجنبيِّ، وتَسْلَمُ المُحَابَاةُ للأجنبيِّ.

وَجْهُ الفرقِ بينَهُما: أن البَيْعَ بِالغَبْنِ [٤٦/٧ظ/م] اليَسِيرِ فيه معنى التبَرُّعِ؛ لاختلافِ المُقَوِّمين فيه، فدخَل في تقويمِ البعضِ دونَ البعضِ، فجُعِلَ تبرُّعًا في حقِّ المولى؛ لتُهْمَةِ المَيْلِ[1] مِن العبدِ إليه، فلم يَصِحَّ؛ لأن تبرُّعَ المَأْذُونِ لا يَصِحُّ، فيزولُ ذلك بإزالةِ المُحَابَاةِ، واعْتُبِرَ بيعًا لا تبرُّعًا في حقِّ الأجنبيِّ؛ لعدمِ التُّهْمَةِ فصحَّ.

والثاني: في أنه إذا باع من مولاه بِمُحَابَاةٍ فَاحِشَةٍ يَجُوزُ البَيْعُ عندَهما، ويؤمَرُ المولى بإزالةِ المُحَابَاةِ، وإذا باع من الأجنبيِّ بِمُحَابَاةٍ فَاحِشَةٍ لا يَجُوزُ البَيْعُ أصلًا عندَهما.

---

(١) وقع بالأصل: «المثل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

بِإِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لَا تَجُوزُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ، وَلَا إِذْنٌ بِالْمُحَابَاةِ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَهُوَ آذَنَ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِزَالَةَ الْمُحَابَاةِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَهَذَانِ الْفَرْقَانِ[1] عَلَىٰ أَصْلِهِمَا.

غاية البيان

وَجْه الفرقِ: أن البَيْعَ بِالمُحَابَاةِ الفَاحِشَةِ ليس بداخلٍ تحتَ الإِذْنِ عندَهما، كما في الوَكِيلِ والوَصِيِّ والأبِ، فلم يَجُزْ بَيْعُه معَ الأجنبيِّ؛ لعدمِ الإِذْنِ مِن المولىٰ، بخلافِ المُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ، فإنَّها داخلةٌ تحتَ الإِذْنِ، وجاز البَيْعُ بِالمُحَابَاةِ الفَاحِشَةِ معَ المولَىٰ؛ لوجودِ الإِذْنِ مُقْتَضَىٰ إقدامِ المولىٰ على البَيْعِ، إلا أن المُحَابَاةَ لم تَسْلم للمولىٰ؛ لتعلُّقِ حقِّ الغُرَمَاءِ، كالمريضِ مَرَضَ الموتِ إذا باع مِن الأجنبيِّ، وحابَىٰ وعليه دَيْنٌ؛ فإنَّ الأجنبيَّ يُؤْمَرُ بالتبليغِ إلىٰ تمامِ القِيمَةِ، كذا هذا.

قولُه: (وَهَذَانِ الْفَرْقَانِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا)، بلَفْظِ التثنيةِ وهو **الصحيحُ**[2]، وقد بَيَّنَّا الفرقَيْنِ آنفًا، وفي بعضِ النُّسَخِ: «وهذا الفُرْقانُ»، بلَفْظِ الإفرادِ[3]، وضَمِّ الفاءِ، ورَفْعِ النونِ، أي: هذا الفرقُ.

وإنما قَيَّدَ بقولِه: (عَلَىٰ أَصْلِهِمَا)؛ لأن علىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يَحْتَاجُ إلىٰ هذين الفرقَيْنِ؛ لأن بَيْعَ العبدِ مِن مولاه بغَبْنٍ لا يَجُوزُ أصلًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ علىٰ ما هو اختيارُ صاحبِ «**الهداية**»، ولكنه يَحْتَاجُ إلىٰ الفرقِ مِن وَجْهٍ آخَرَ،

(١) في حاشية الأصل: «خ: وهذان الفَرقان».

(٢) وهذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٤/٢٩٢]. وهو المثبت في نسخة القَسْطمونويِّ مِن «الهداية» [٢/ق١٣٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/١٢٦/ب/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)]، وفي نسخة القاسميِّ مِن «الهداية» [ق/٢٤٤/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة الأَرْزَكانيِّ مِن «الهداية» [٢/ق١٣٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، في نسخة البَايَسُوني من «الهداية» [ق/٢٨٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٣) وهذا هو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق١٤٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وأشار في الحاشية ـ هو والبَايَسُوني والأَرْزَكاني ـ إلىٰ الاختلاف هنا.

قَالَ: وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ؛ جَازَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دِينٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تُهْمَةَ فِي هَذَا الْبَيْعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَيَتَمَكَّنُ الْمَوْلَى مِنْ أَخْذِ الثَّمَنِ بَعْدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ هَذَا التَّمَكُّنِ، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ تَتْبَعُ الْفَائِدَةَ.

غاية البيان

وهو أن بَيْعَهُ مِن الأجنبيِّ بمثلِ القِيمَةِ، وبِمُحَابَاةٍ يسيرةٍ أو فَاحِشَةٍ يَجُوزُ عندَه، وبَيْعُه مِن المولىٰ لا يَجُوزُ بِالمُحَابَاةِ أصلًا، يسيرةً كانت أو فَاحِشَةً.

وَجْهُ الفرقِ: أن العبدَ مريضٌ حُكْمًا، صحيحٌ حقيقةً، فجاز البَيْعُ من الأجنبيِّ بالمُحَابَاةِ كيفَ كانت؛ لكونِه صحيحًا مِن وَجْهٍ كالحُرِّ، ولم يَجُزِ البَيْعُ بِالمُحَابَاةِ أصلًا مِن المولىٰ؛ لكونِه مريضًا حُكْمًا بمنزلةِ الوَارِثِ مِن المُوَرِّثِ توفيرًا علىٰ الأمرَيْنِ حَظَّهما. إلىٰ هذا أشار شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «**شرح المَأْذُون الكبير**».

قولُه: (**قَالَ: وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ؛ جَازَ الْبَيْعُ**)، أي: قال القُدُورِيُّ [٣/٥٩و] رحمه الله في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «فإنْ سَلَّمه له قبلَ قَبْضِ الثمنِ بَطَل الثمنُ، فإنْ أمسَكَه في يدِه حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثمنَ جاز»[1]. إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله[2].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**»: «ولو كان المولىٰ هو الذي باع متاعَه مِن العبدِ بمثلِ القِيمَةِ، أوْ بأقلَّ منها [٧/٤٧و/م] فَالبَيْعُ جائزٌ؛ لأنه مفيدٌ، يَسْلَمُ للعبدِ ما اشترىٰ، وللمولىٰ ما قبضَ مِن الدراهمِ، وصار هذا بمنزلةِ بَيْعِ العينِ بالعينِ عندَ التقابُضِ؛ لأن الدراهمَ ممَّا تتعَيَّنُ بالقبضِ، فيَصِيرَ مفيدًا استحقاقَ شيءٍ لم يَكُنْ ثابتًا قبلَ ذلك، وللمولىٰ أنْ يَحْبِسَ المَبِيعَ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثمنَ؛ لأن قضيَّةَ البَيْعِ هو أنْ يُسْتَحقَّ تسليمُ كُلِّ واحدٍ مِن العِوَضَيْنِ بمقابلةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٤١ - ١٤٢].

(٢) ينظر: «المبسوط» [٢٥/ ٧٠]، «بدائع الصنائع» [٧/ ١٩٥]، «العناية» [٩/ ٣٠٣]، «الجوهرة النيرة» [١/ ٣٦٨].

فَإِنْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَىٰ فِي الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحَبْسُ، فَلَوْ بَقِيَ بَعْدَ سُقُوطِهِ يَبْقَىٰ فِي الدَّيْنِ وَلَا يَسْتَوْجِبُهُ الْمَوْلَىٰ عَلَىٰ عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازَ أَنْ يَبْقَىٰ حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ. قَالَ: وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ؛

العِوَضِ الآخَرِ، فإنْ دفعَ العبدُ الثمنَ، وسَلَّمَ المولىٰ المتاعَ؛ فلا سبيلَ للغُرَمَاءِ علىٰ الثمنِ؛ لأنه ما أبطلَ حقَّهم، بل نقلَ مِن محلٍّ إلىٰ محلٍ.

ولو سَلَّمَ المولىٰ المَبِيعَ أوَّلًا قبلَ أنْ يَقْبِضَ منه الثمنَ، والثمنُ دَيْنٌ علىٰ العبدِ، فقَبْضُ العبدِ لِمَا اشترىٰ جائزٌ، وهو للغُرَمَاءِ، ولا شيءَ للمولىٰ مِن الثمنِ.

وقد رُوِيَ عن أبي يوسفَ ﷺ: أن له أنْ يَأْخُذَ الثمنَ، وفي روايةٍ: يَسْتَرِدُّ المَبِيعَ، ويُمْسِكُهُ لاستيفاءِ الثمنِ، لِمَا ذَكَرْنا: أن البَيْعَ الذي جرىٰ بينَهما صحيحٌ، وقضيَّتُه استحقاقُ الثمنِ في مقابلةِ ما مَلَّكه، والقولُ بالاستحقاقِ مفيدٌ؛ لأنه لم يَكُنْ مُسْتحقًّا قبلَ ذلك، وليس فيه إبطالُ حقِّ الغُرَمَاءِ، بل فيه نقْلُ حَقِّهم مِن محلٍّ إلىٰ محلٍّ، فاستقامَ القولُ به.

وفي ظاهرِ الروايةِ: قال ببطلانِ الثمنِ؛ لأنه لا يَسْتَقِيمُ استحقاقُ الدَّيْنِ علىٰ العبدِ من قِبَلِ المولَىٰ؛ لأن فائِدَتَه استحقاقُ ماليَّتِه ومنافعِه بواسطةِ البَيْعِ أو الاِسْتِسْعَاءِ، وهذا حاصلٌ للمولىٰ قبلَ وجوبِ الدَّيْنِ علىٰ العبدِ.

أمَّا استحقاقُ عينٍ مِن أعيانِ كَسْبِه عليه، فإنه يَسْتَقِيمُ؛ لأن يدَ المولَىٰ قاصرةٌ عن كَسْبِه لحقِّ الغُرَمَاءِ، فجاز أن يَسْتَحِقَّه بعارِضِ سببٍ، وقبْلَ تسليمِ المَبِيعِ لا نَقُولُ باستحقاقِ الدَّيْنِ عليه؛ لأن البَيْعَ يَتِمُّ بينَهُما بالتقابُضِ، وعندَ ذلك يَصيرُ بَيْعُ العينِ بالعينِ، ولأن للدَّيْنِ تعلُّقًا بالعينِ قبلَ التَّسْلِيمِ، وهو المَبِيعُ[1]، ألَا ترىٰ أن

(١) وقع بالأصل: «البَيْع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر».

لِأَنَّ الْبَائِعَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ وَلِهَذَا كَانَ أَخَصَّ بِهِ مِنْ الْغُرَمَاءِ، وجاز أن يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدَّيْنِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ.

وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ الْبَيْعِ كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ.

غاية البيان

له أنْ يحْبِسَه لاستيفائِه، فصار له شَبَهٌ باستحقاقِ العينِ، فإذا سَلَّمَ ذهبَ التعليقُ به أصلًا، فصار دَيْنًا مرسلًا، وفائدةُ الدَّيْنِ المُرْسلِ ما قُلْناه، ولا يُفيدُ مِن ذلك الوجهِ في حقِّ المولَى، فلو كان الثمنُ عَرضًا؛ كان المولَى أحقَّ بذلك مِن الغُرَماءِ، لِمَا ذَكَرْنا: أنه يَسْتَقِيمُ استحقاقُ عينٍ مِن أعيانِ كَسْبِه في حقِّ المولَى». كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (وَجَازَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدَّيْنِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ).

جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقالَ: إذا أسلَم المولى المَبِيعَ إلى العبدِ قبْلَ قَبْضِ الثمنِ؛ بَطَلَ الثمنُ؛ لأن المولى لا يَسْتَوْجِبُ على عَبْدِه دَيْنًا، فكان يَنْبَغِي على هذا ألَّا يَكُونَ له [٣/٥٩ظ] ولايةُ إمساكِ المَبِيعِ؛ لاستيفاءِ الثمنِ.

فقال في [٧/٤٧ظ/م] **جوابِه:** قبلَ قَبْضِ الثمنِ للثمنِ تعَلُّقٌ بالعينِ، ولهذا يحْبِسُها به، فصار الدَّيْنُ شبيهًا بالعينِ، فيصحُّ استحقاقُ عينٍ مِن أعيانِ كَسْبِ العبدِ، فكذا هذا.

قولُه: (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ الْبَيْعِ)، ذكَره تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» الذي هو «**مبسوطه**»: «ولو كان المولى باعَه متاعَه بثمنٍ أكثرَ مِن قيمتِه بقليلٍ أوْ كثيرٍ؛ كان المولَى فيه بالخيارِ: إن شاء حَطَّ الفضلَ عن القِيمَة، وإن شاء نقَضَ البَيْع؛ لأن إصابةَ حقِّ الغُرَماءِ مُمْكِنٌ معَ تقريرِ العقدِ، ويُخَيَّرُ؛ لأنه تغَيَّرَ عليه شَرْطُ عَقْدِه».

قَالَ: [١٤٨/ظ] وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ وَالمَوْلَىٰ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ

ولم يَذْكُرِ الخلافَ في «شرح الكافي» كما ترىٰ.

وقال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «شرح المَأْذُون الكبير»: «فأمَّا إذا كان ما باع المولىٰ قيمتَه أقلَّ مما يُعْطيه العبدُ مِن الثمنِ بقليلٍ أوْ كثيرٍ؛ فالمولىٰ بالخيارِ: إن شاء أخَذ مِن عَبْدِه مِن الثمنِ قَدْرَ ما باعه، ورَدَّ الفضلَ علىٰ العبدِ، وإنْ شاء نقَضَ البَيْعَ؛ لأنه إنما رَضِيَ بزوالِ مِلْكِه عن العينِ بما سَمَّىٰ، فإذا لم يَسْلَم له المُسمَّىٰ؛ كان له نقْضُ البَيْعِ، وكان كالمريضِ إذا اشترىٰ شيئًا وحابَىٰ عن الثمنِ، ولم تسْلَم المُحابَاة لِلبَائعِ؛ كان الخيارُ لِلبَائعِ: إنْ شاء أخَذ مِن الثمنِ قَدْرَ قيمةِ ما باع ورَدَّ الفضلَ، وإنْ شاء فسَخَ البَيْعَ، فكذلك هذا».

ثم قال خُوَاهَرْ زَادَه: «وهذا الذي ذكَره قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله.

فأمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: فَالبَيْعُ فاسدٌ، حتىٰ لو أراد المولَىٰ أنْ يأخُذَ مِنَ الثمنِ الذي أخذَ مِن العبدِ قَدْرَ قيمةِ ما باعَه؛ ليس له ذلك». هكذا ذكَره خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله، ولكنَّ المذكورَ في «الأصل»[1]، وفي «الكافي» للحاكمِ الشهيدِ كما ذكَره القُدُورِيُّ بلا خلافٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره». وتمامُه فيه: «والمولىٰ ضامنٌ لقيمتِه للغُرَماءِ، وما بَقِيَ مِن الديونِ يُطالَبُ به بعدَ العتقِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله. أي: يُطالبُ به المُعْتَقُ بعدَ حصولِ العتقِ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «فإذا أَذِنَ الرَّجُلُ لعبْدِه

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/٥٦٤ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤٢].

بَيْعًا وَاسْتِيفَاءً مِنْ ثَمَنِهِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ يُطَالِبُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ ؛ لِأَنَّ الدَّينَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَزِمَ الْمَوْلَىٰ إِلَّا بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ ضَمَانًا فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَيْهِ كَمَا كَانَ فَإِنْ

في التِّجارَةِ، فلَحِقَه دَيْنٌ، فأعتَقه المولىٰ؛ فعِتْقُه جائزٌ، فإنْ كان الدَّيْنُ أقل مِن القِيمَة؛ ضَمِن الدَّيْنَ لغرماء العبد، وإن كان الدَّيْنُ أكثر مِن قيمته غَرِمَ قيمتَه، وإنْ كانت قيمَتُه عشرين ألفًا أو ثلاثين ألفًا؛ غَرِمَ ذلك كلَّه، عَلِمَ بالدَّيْنِ أو لم يَعْلَمْ، واتبعَ الغُرَمَاءُ العبدَ بباقي دَيْنِهم، فأخذُوه منه[1]»[2]. إلىٰ هنا [٧/٤٨و/م] لَفْظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

أمَّا جوازُ العتقِ: فلأنَّ مِلْكَه باقٍ في الرَّقَبَةِ بعدَ الدَّيْنِ علىٰ الكمالِ، والمُصَحِّحُ للإعتاقِ[3] هو المِلْكُ الكاملُ، وقد وُجِدَ، فنَفَذَ لصدورِه عن الأهلِ مضافًا إلىٰ المحلِّ.

غايةُ [٣/٦٠و] **ما في البابِ:** أن حقَّ الغيرِ تعلَّق به، وذلك لا يَمْنَعُ من صحَّةِ الإعتاقِ، كإعتاقِ الرَّاهِنِ العبدَ المَرْهُونَ.

وإنما ضَمِن المولىٰ قيمَتَه للغُرَمَاءِ؛ لأنه أتلَف محلًّا تعلَّق به حقُّ الغُرَمَاءِ، أَلَا ترىٰ أنه كان لهم بَيْعهُ، واسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِن ثمنِه، فقد فوَّتَ المولىٰ ذلك عليهم، فلزِمَه الضَّمَانُ كَالرَّاهِنِ إذا أعتقَ عبْدَ الرَّهْنِ، وإنما يُطالَبُ المُعْتَقُ بالباقي؛ لأن المولَىٰ لم يَجِبْ عليه إلا قَدْرَ ما أتلَفه، فما زاد عليه فهو باقٍ في ذمَّةِ المَأْذُونِ كما كان؛ لأن الدَّيْنَ كان واجبًا في ذمَّتِه، ولزِم المولَىٰ منه قَدْرَ ما أتلَفه لا غيرَ.

قال صاحبُ «الهداية» ﵀: **(هَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ الْمَأْذُونُ لَهُمَا، وَقَدْ رَكِبَهُمَا دُيُونٌ)**، يعني: إذا أَذِنَ لمُدَبَّرِه أوْ لأُمِّ ولدِه في التِّجارَةِ، فلَحِقَهما ديونٌ، فأعتَقَهُما؛ لا يَضْمَنُ المولىٰ للغُرَمَاءِ شيئًا؛ لأن حقَّ الغُرَمَاءِ لم

(١) وقع بالأصل: «منهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٧].
(٣) وقع بالأصل: «الإعتاق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

كَانَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّينَ لَا غَيْرُ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ بِقَدْرِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُدَبَّرَ وَأُمَّ الْوَلَدِ الْمَأْذُونِ لَهُمَا وَقَدْ رَكِبَتْهُمَا دُيُونٌ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِمَا اِسْتِيفَاءً بِالْبَيْعِ فَلَمْ يَكُنْ الْمَوْلَى مُتْلِفًا حَقَّهُمْ فَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا.

غاية البيان

يَتَعَلَّقْ برقَبَتِهما اسْتِيفَاءٌ بالبَيْعِ؛ لأنهما لا يقْبَلان النقلَ مِن مِلْكٍ إلى مِلْكٍ[1]، ولم يوجَدِ التعدِّي والإتلافُ في حقِّهم، فلم يَضْمَن شيئًا، بخلافِ القِنِّ؛ فإنه بإعتاقِه أتلفَ حقَّهم فضَمِنَ.

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» ﵀: «[المولى][2] إذا أعتقَ عبْدَه المَدْيُونَ جاز عِتْقُه؛ لأن مِلْكَه باقٍ فيه، والغُرَمَاءُ بالخيارِ: إنْ شاءوا اتَّبعوا العبدَ بالدَّيْنِ، وإن شاءوا اتَّبَعُوا المولى بالأقلِّ مِن قيمَتِه ومِن الدَّيْنِ، سواءٌ كان عالمًا بالدَّيْنِ أو لم يَكُنْ عالمًا، [بخلافِ جِنَايَةِ العبدِ إذا جنى فأعتقَه المولَى، إن كان عالمًا بِالجِنَايَةِ صار مختارًا للفداءِ، وإن كان غيرَ عالمٍ لم يَلْزَمْهُ شيءٌ، إلا قَدْرَ القِيمَةِ لا غيرَ، وفي بابِ الدَّيْنِ يَلْزَمُهُ القِيمَةُ وإنْ كان عالمًا][3].

والفرقُ بينَهُما: أن الضَّمَانَ وجَبَ على المولَى في الجِنَايَةِ؛ لأنه عاقِلَتُه، إلا أنه كان يتخلَّصُ منه بالدفعِ، فبالعتقِ أبطلَ حقَّ الدفعِ، فصار مختارًا للديَةِ إنْ كان عالمًا.

فأمَّا في الدَّيْنِ: فهو في ذمَّةِ العبدِ، أَلَا تَرَى أنه يُباعُ فيه، والمولَى أبطل حقَّ البَيْعِ، ولو بِيعَ لا يَكُونُ إلا قَدْرَ القِيمَةِ؛ لأنه لا يُشترَى في الظاهرِ بأكثرَ من القِيمَةِ،

(١) وقع بالأصل: «من تلك إلى تلك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [٣١١/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٨٩٧)].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [٣١١/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٨٩٧)].

. . . .

غاية البيان

فذلك لزمَتِ القِيمَةُ.

وفي مسألَتِنا: لوِ اختاروا اتباعَ المولىٰ لا يَكُونُ إبراءً للعبدِ، ولوِ اختارُوا اتباعَ العبدِ لا يَكُونُ في ذلك إبراءٌ للمولىٰ، بخلافِ الغَاصِبِ وغاصبِ الغَاصِبِ إذا اختار المَغْصُوبُ منه تضمينَ [٧/٤٨ظ/م] أحدِهما؛ انقطَع حقُّه عن الآخرِ.

والفرقُ بينَهُما: أن هناك وجَبَ علىٰ كُلِّ واحدٍ منهما علىٰ طريقِ الأصالةِ، فإذا ضَمَّن أحدَهُما فقد مَلَّكَهُ، فبَعْدَ التمليكِ لا يَمْلِكُ الرجوعَ عنه.

وأمَّا ههنا: الدَّيْنُ وجَبَ علىٰ العبدِ، إلا أنه وجَبَ علىٰ المولىٰ علىٰ سبيلِ الكَفَالَةِ؛ إذْ ليس في هذا التضمينِ تمليكُ الدَّيْنِ مِن المولىٰ، فثَبَتَ أنه كالكَفِيلِ، ومَن طالب الكَفِيلَ أو المَكْفُولَ عنه؛ لا يَكُونُ في ذلك إبراءٌ للآخَرِ، فلذلك افترقا.

ولو اختار بعضُهم اتِّباعَ العبدِ، وبعضُهم اتباعَ السيِّدِ، فالذي يَتْبَعُ العبدَ يَأْخُذُهُ بجميعِ الدَّيْنِ؛ لأن الدَّيْنَ عليه، والذي يَتْبَعُ المولَىٰ يَأْخُذُ منه جميعَ حقِّه إذا كان حقُّه مِثْلَ القِيمَةِ، وما يَأْخُذُون مِن المولَىٰ يَكُونُ بينَهم بِالشَّرِكَةِ، وإن لم يَكُنْ أَصْلُ الدَّيْنِ بِالشَّرِكَةِ؛ لأنه يَثْبُتُ حقُّهم في القِيمَةِ، فصار كالمشتركِ بينَهم، وما يَأْخُذُه مِن العبدِ [٣/٦٠ظ] لا يَكُونُ بينَهم بِالشَّرِكَةِ، إلا إذا كان أَصْلُ الدَّيْنِ بِالشَّرِكَةِ، هذا إذا أعتقه.

ولو لم يُعْتِقْهُ، ولكن دَبَّرَهُ؛ فالغُرَمَاءُ أيضًا بالخيارِ، إن شاءُوا اتَّبَعُوا المُدَبَّرَ بدَيْنِهم فَيَسْتَسْعونَهُ في الدَّيْنِ، وإنْ شاءُوا اتَّبَعُوا المولىٰ بقَدْرِ قيمَتِه، وفي اختيارِ أحدِهما إبراءُ الآخَرِ؛ لأن المُدَبَّرَ كَسْبُه يَكُونُ للسيِّدِ، فلم يَكُنْ تحت التضمينِ تمليكٌ، فلذلك افترَقا.

وفرْقٌ آخرُ بينَ هذا وبينَ العتقِ: هو أن كلَّ ما يَأْخُذُ كُلُّ واحدٍ [منهم][1] مِن

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

قَالَ: فَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَه، فَإِنْ شَاءَ الْغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا الْمُشْتَرِيَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ

المُدبَّرِ؛ يَكُونُ بينَهُم بِالشَّرِكَةِ، وفي العَتَاقِ: لا يَكُونُ.

والفرقُ بينَهما: أن هذا كسْبُ العبدِ، والعبدُ ليس له أنْ يَقْضِيَ غريمًا دونَ غريمٍ، وكذلك أُمُّ الولدِ، وأمَّا العبدُ إذا أُعتقَ صار حرًّا، فله أنْ يَقْضِيَ غريمًا دونَ غريمٍ.

وفرْقٌ آخرُ بينَ التَّدْبِيرِ والعَتَاقِ: أنه إذا اختار بعضُهم اتِّباعَ المُدبَّرِ، وبعضُهم اتِّباعَ المولَى؛ فإنه يَأْخُذُ مِن المولَى قَدْرَ حِصَّتِه، أن لو اتَّبَعُوه جميعًا كم كان نصيبُه؟ وفي العَتَاقِ أخذَ منه جميعُ القِيمَةِ، فوقَع الفرقُ بينَ التَّدْبِيرِ والعَتَاقِ في ثلاثةِ مواضعَ.

وما عُرِفَ من الجوابِ في التَّدْبِيرِ، فهو جوابُك في الِاسْتِيلَادِ، إلَّا في فصلٍ واحدٍ، وهو أنه بالتَّدْبِيرِ لا يَصِيرُ مَحْجُورًا، وبِالِاسْتِيلَادِ تَصِيرُ مَحْجُورَةً، والقياسُ فيهما واحدٌ أنها لا تَصيرُ مَحْجُورَةً، إلا أنَّا استَحْسَنَّا في الِاسْتِيلَادِ أنها تَصِيرُ مَحْجُورَةً؛ لأنه لَمَّا استولَدَها؛ فقد حَصَّنها عن الخروجِ والبرُوزِ، فصارت مَحْجُورَةً مِن جهةِ دلالةِ الحالِ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رحمه الله».

قولُه: (**قَالَ: فَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَه، فَإِنْ شَاءَ الْغُرَمَاءُ** [٤٩/٧و/م] **ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا الْمُشْتَرِيَ**)، أي: قال [القُدُورِيُّ][2] في بيوع «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في عبْدٍ مَأْذُونٍ له في التِّجَارَةِ عليه دَيْنٌ يُحيطُ برقَبَتِه، باعه مولاه مِن رَجُلٍ، وقبَضَه المُشْتَرِي فغيَّبه،

---

(١) انتهى النقل من «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابيِّ [٣١١/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٨٩٧)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من «م».

تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ حَتَّىٰ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَىٰ دِينَهُمْ وَالْبَائِعُ مُتْلِفٌ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَالْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ فَتَخَيَّرُوا فِي التَّضْمِينِ.

غاية البيان

قال: إن شاء الغُرَماءُ ضَمَّنوا البَائعَ قيمتَه، وإن شاءوا ضمَّنوا المُشْتَرِيَ قيمتَه، وإن شاءُوا أجازوا البَيْعَ وأخذوا الثمنَ، فإنْ ضَمَّنوا البَائعَ القِيمَةَ، ثم وجدَ المُشْتَرِي بالعبدِ عيبًا فَرَدَّه علىٰ البَائعِ؛ فللبَائعِ أن يَأْخُذَ القِيمَةَ مِن الغُرَمَاءِ، ويَكُونُ حقُّهم في العبدِ كما كان»[1]. إلىٰ هنا لفظُ محمَّدٍ ﷺ في «**الجامع الصغير**».

قال الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ **في «شرح الجامع الصغير»**: وهذا إذا باعه بأقلَّ مِن قيمَتِه، فأمَّا إذا باعَه بقيمَتِه، أو بأكثرَ من قيمَتِه، وقبضَ وهو في يَدَيْهِ؛ فلا فائدةَ في التضمينِ، ولكن يَدْفَعُ الثمنَ إليهم، وإنما قَيَّدَ بقولِه: «فغَيَّبه»؛ لأن الغُرَمَاءَ إذا قدَرُوا علىٰ العبدِ؛ كان لهم أنْ يُبْطِلوا البَيْعَ، إلا أنْ يَقْضِيَ المولىٰ دُيونَهم؛ لأن حقَّهم تعلَّق برقبَتِه، فإذا لم يَقْدِروا علىٰ العبدِ؛ كان الغُرَماءُ بالخيارِ في التضمينِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من البَائعِ [٦١/٣و] والمُشْتَرِي مُتعَدٍّ: البَائعُ بالبَيْعِ والتَّسْلِيمِ، والمُشْتَرِي بالقبضِ، فإنْ ضَمَّنوا البَائعَ؛ سلّمَ له الثمنَ، فلَزِم البَيْعُ، وإنْ ضَمَّنوا المُشْتَرِيَ بَطَلَ عنه الثمنُ[2]، وإنْ أجازُوا البَيْعَ صحَّ؛ لأن البَيْعَ يَصِحُّ حقًّا لهم، فيَصِيرُ الثمنُ لهم. كذا قال فخرُ الإسلامِ ﷺ[3].

وهذا كَالرَّاهِنِ إذا باع العبدَ المَرْهُونَ بدونِ إذنِ الرَّاهِنِ، ثم أجاز المُرْتَهنُ صحَّ؛ لأنَّ الإِذْنَ في الانتهاءِ كالإذنِ في الابتداءِ.

قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ: «وهذا البَيْعُ قبلَ إجازةِ الغُرَماءِ فاسدٌ، وليس بموقوفٍ، ونقَله عن المَأْذُونِ، ثم إذا ضَمَّنوا البَائعَ القِيمَةَ، فرُدَّ عليه بعيْبٍ، فله أنْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٦٣].

(٢) ويَرْجع المشتري بالثمن على البائع. كذا جاء في حاشية: «م»، و«س»، و«ن».

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢١٧] مخطوط مكتبة جار الله.

وَإِنْ شَاءُوا أَجَازُوا الْبَيْعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ وَالْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْإِذْنِ السَّابِقِ كَمَا فِي الْمَرْهُونِ.

غاية البيان

يَرجعَ بِالقِيمَةِ على الغُرَماءِ، ويَكُونُ حقُّ الغُرَماءِ في العبدِ»[1].

قال الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: «يعني: إذا قَبِلَه بقضاءِ القاضي؛ لأن القاضيَ لَمَّا رَدَّه فقد فسخَ العقدَ فيما بينَهُما، فعاد إلى الحالِ الأوَّلِ، وإنما كان وجَبَ عليه القِيمَةُ لاستهلاكِ العبدِ، وقدِ ارتفَع الاستهلاكُ حيثُ عاد إلى مِلْكِه، ولأن الغُرَماءَ أخذُوا منه قِيمَةَ العبدِ تامَّةً، وقد ظهَر أنه وجَبَ عليه قِيمَةُ العبدِ مَعِيبًا، فله أنْ يَرْجعَ عليهم، ثم يَبِيعَ العبدَ في دَيْنِهم».

قالوا: هذا كَالغَاصِبِ إذا باع وضَمِنَ أنه يَنْفُذُ البَيْعُ، حتى لو رُدَّ عليه بالعيبِ سلمَ له، وكان له أنْ يَرُدَّه به على المَغْصُوبِ منه؛ لأنه إذا ضَمِن قيمتَه سليمًا، ولم يعْلَمْ بالعيبِ؛ ثبَتَ له حقُّ الرَّدِّ بالعيبِ، واستردادِ القِيمَةِ؛ لأنه [٧/٤٩ظ/م] انعقَد بينَهُما حُكْمُ البَيْعِ، فكذلك ههنا.

وأورد الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في شرْحِه لـ«**الجامع الصغير**» في هذا المقام سؤالًا وجوابًا فقال: «فإنْ قيل: لم يَجِبْ على المولى الضَّمَانُ بالبَيْعِ، وقد كان حقُّهم بَيْعُ العبدِ، وقد رفعَ المؤونةَ عنهم؟ ولِمَ لا يَكُونُ هذا بمنزلةِ الوَصِيِّ إذا باع التَّرِكَةَ بغيرِ إذْنِ الغُرَماءِ؛ فليس لهم أنْ يُضَمِّنوه؟

قيل: لأن حقَّ الغُرَماءِ بَيْعُ التَّرِكَةِ لا غيرَ.

وأمَّا ههنا: فَلِلغُرَماءِ أن لا يَبِيعُوا العبدَ، ولكنَّهم يَسْتَسْعونه؛ لأنهم لو باعوه ربَّما لا يَصِلُ إليهم تمامَ دَيْنِهم، إذا لم يَكُنْ في الثمنِ وفاءٌ، ولوِ استَسْعُوا أخذوا تمامَ دَيْنِهم مِن كَسْبِه، فإذا باعه؛ فقد أبطلَ عليهم حقَّهم، فلهذا المعنى كان لهم

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/١٨٥].

فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى المَوْلَىٰ بِعَيْبٍ فَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَرْجِعَ بِالقِيمَةِ وَيَكُونَ حَقُّ الغُرَمَاءِ فِي العَبْدِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ زَالَ وَهُوَ البَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ، وَصَارَ كَالْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ وَسَلَّمَ وَضَمِنَ الْقِيمَةَ ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى الْمَالِكِ وَيَسْتَرِدَّ الْقِيمَةَ كَذَا هَذَا.

أن يُبْطِلُوا البَيْعَ ويُضَمِّنُوه إذا لم يَقْدِرُوا على العبدِ».

وقال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» في باب الدَّيْنِ الذي يَلْحَقُ العبدَ المَأْذُونَ: «ولا يَجُوزُ بَيْعُ المولَى العبدَ بأمْرِ بعضِ الغُرَماءِ؛ لأن حقَّ الغُرَماءِ مُتعَلِّقٌ برقبَتِه اسْتِيفَاءً واسْتِسْعَاءً، وفي بيعِ المولَى إبطالُ حقِّ الاِسْتِسْعَاءِ، فلا يَمْلِكُ ذلك إلا برضاهُم، فإنْ دفَعَه بعضُ الغُرَماءِ إلى القاضي، ومَن بَقِيَ منهم غائبٌ، فباعه القاضي للحضورِ؛ جاز بَيْعُه عليهم جميعًا.

أمَّا على الحضورِ: فلا يُشْكِلُ، وكذلك على الغُيَّبِ؛ لأن له ولايةً على الغُيَّبِ، أَلَا ترى أنه يَجُوزُ له بَيْعُ مملوكِ الغائبِ إذا كان فيه نَظَرٌ للغائبِ، فلَأَنْ يَجُوزَ بيعُ ما [٣/٦١ظ] تعَلَّق به حقُّ الغائبِ أَوْلَى، ويَدْفَعُ إليهم حِصَّتَه مِن ثمنِه، وتُوقَفُ حصَّةُ الغُيَّبِ حتَّى يَحْضُروا؛ لأن حقَّهُم سواءٌ، فرْقٌ بينَ هذا وبينَ دارٍ لها شُفَعاءُ، فَبِيعَتِ الدارُ وبعضُ الشُّفَعاءِ حضورٌ، ورَفَع الحضورُ الأمرَ إلى القاضي؛ فإن القاضيَ يَدْفَعُ الدارَ إليهم، ولا يتوقَّفُ نصيبُ الغُيَّبِ.

والفرقُ ظاهرٌ: وهو أن حقَّ الغُيَّبِ ليس بثابتٍ؛ لأنه إنما يَثْبُتُ بالطلبِ. والطلبُ لم يُعْرَفْ، فلا يَجُوزُ تأخيرُ حقٍّ ثابتٍ لحَقٍّ موهومٍ قد يَكُونُ وقد لا يَكُونُ، وفيما نحن فيه حقُّ الغُيَّبِ ثابتٌ، فلا يَجُوزُ صَرْفُ حقِّ الكُلِّ إلى البعضِ.

وإنْ قال العبدُ قبلَ أن يُباعَ: إنَّ لفلانٍ عَلَيَّ مِن المالِ كذا، وصَدَّقَه المولَى في ذلك، أو كَذَّبَه، وفلانٌ غائبٌ، وكَذَّبَه الحضورُ مِن غرمائِه في ذلك؛ فالعبدُ

قال: ولوْ كان المَوْلى باعهُ منْ رجُلٍ وأعْلمهُ بالدّيْنِ؛ فللْغُرماء أنْ يرُدُّوا البيْع؛ لتعلُّقِ حقِّهِمْ وهُو حقُّ الاسْتسْعاءِ والاسْتيفاءِ منْ رقبتهِ، وفي كُلِّ واحدٍ منْهُما فائدةٌ، فالأوّلُ تامٌّ مُؤخّرٌ، والثّاني ناقصٌ مُعجّلٌ، وبالْبيْعِ تفُوتُ هذه

غاية البيان

يُصَدَّقُ فيه، وتوقّفُ حصّةُ المُقِرِّ له من الثمن حتى يحْضُر؛ لأنه لم ينْحجِرْ بعْدُ.

ولو أقرّ بعدما باعه القاضي وصدّقه مولاه فيه؛ لم يُصدّقا على الغُرماء؛ لأنه انحجر بالبيْعِ، فإنْ قدِم الغائبُ وأقام البيّنة على حقّه؛ اتبع الغُرماءَ بحصّته من الثمنِ الذي أخذوه؛ لأنه تبيّن أنه مُشتركٌ بينهُ وبينهم، ولم يكُنْ [١٠٠/١] على العبدِ، ولا على مولاه البائعِ والمُشتري سبيلٌ؛ لأنه متى صحّ بيْعُ القاضي عنهم؛ انتقل حقُّهم مِن الرَّقَبةِ إلى الثمنِ، فلا يبْقى لهم على الرّقبةِ سبيلٌ».

قولُه: (قال: ولوْ كان المَوْلى باعهُ مِنْ رجُلٍ وأعْلمهُ بالدّيْنِ؛ فلِلْغُرماء أنْ يرُدُّوا البيْع)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في عبْدٍ لرَجُلٍ عليه دَيْنٌ، فباعه مِن رَجُلٍ وأعلَمه بالدَّيْنِ، وقَبَضَه الرَّجُلُ، ثم جاء الغُرَمَاءُ. قال: لهم أن يَرُدُّوا البَيْعَ، وإنْ كان البَائِعُ غائبًا؛ فلا خصومةَ بينَهُم وبينَ المُشْتَرِي، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، وقال أبو يوسفَ ﷺ: المُشْتَرِي خَصْمٌ، ويُقْضَى لهم بدَيْنِهم»[1]. إلى هنا لفظُ محمَّدٍ ﷺ في أصلِ «الجامع الصغير».

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرح الجامع الصغير»: «وعلى هـ اشترى رَجُلٌ دارًا ولها شفيعٌ، ثم وهبَها لرَجُلٍ، وقبَضَها الرَّجُلُ، ثم غاب ثم حضر الشَّفِيعُ فوجَد المَوْهُوبُ له؛ فهو على هذا الاختلافِ.

وذكَر ابنُ سَمَاعَةَ عن أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ في هذه المسألةِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٤].

الْخِيَرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ.

يوسفَ: فجعلَ المَوْهُوبُ له خصمًا»[1].

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله **في «شرح الجامع الصغير»**: تأويلُ قولِه: «لهم أن يَرُدُّوا البَيْعَ إذا باعَه بثمنٍ لا يفِي بدُيونِهم»؛ لأنهم كان لهم حقُّ الِاسْتِسْعَاءِ إلى أن يَصِلَ إليهم دُيونُهم، وبهذا البَيْعِ لا يُمْكِنُهم الِاسْتِسْعَاءُ في مِلْكِ المُشْتَرِي، وكان لهم أن يَنْقُضُوا البَيْعَ [٣/٦٢و]، وإنْ كان في الثمنِ وفاءٌ بديونِهم: لا يَكُونُ لهم ولايةُ نَقْضِ البَيْعِ؛ لأنه ليس في البَيْعِ إبطالُ حقِّهم، إلا إذا كان الثمنُ لا يَصِلُ إليهم، فحينئذٍ كان لهم أن يَنْقُضُوا البَيْعَ، ثم إذا كان المولىٰ غائبًا فلا خصومةَ للغُرَمَاءِ مع المُشْتَرِي إذا كان مُنْكِرًا لحَقِّهم عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ رضي الله عنهما، خلافًا لأبي يوسفَ رضي الله عنه[2].

أمَّا إذا أقَرَّ المُشْتَرِي بحقِّ الغُرَمَاءِ: فلهم أن يَأْخُذُوا العبدَ منه، ويَبِيعُوه في دَيْنِهم؛ لأن إقرارَ المُشْتَرِي على نفسِه جائزٌ. كذا قال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرحه»**.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ رضي الله عنه: أن المُشْتَرِيَ مُمْسكٌ للعينِ لنفسِه، وهو مالكٌ. وكلُّ مَن أمسكَ الشيءَ لنفسِه وهو مالكٌ؛ كان خصمًا، أَلَا ترىٰ أن رَجُلًا لو اشترىٰ عبدًا شراءً فاسدًا، فجاء رَجُلٌ فادَّعَىٰ أن العبدَ له؛ فالمُشْتَرِي خصْمٌ؛ لأنه في يدِه وهو مالكٌ، فكذا هذا.

وَجْهُ قولِهما: أن المُشْتَرِيَ لو جُعِلَ خصمًا، وأثبتَ الغُرَماءُ ديونَهم، وفَسَخوا البَيْعَ؛ يَنْتَقِضُ بَيْعُ الغائبِ، وفي ذلك قضاءٌ علىٰ الغائبِ فلا يَجُوزُ، ولأنه لو فسَخَ

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢١٧] مخطوط مكتبة جار الله.

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/١٨٥].

قَالَ: فَإِنْ كَانَ البَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصومَةَ بَيْنَهم وبَيْنَ المُشْتَرِي مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّينَ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمُشْتَرِي خَصْم وَيَقْضِي

غاية البيان

البَيْعَ بأنْ يُجْعَلَ المُشْتَرِي خصمًا؛ يَعُودُ العبدُ إلى [٥٠/٧ظ/م] مِلْكِ البَائِع وهو غائبٌ، ثم لا يُمْكِنُهم بَيْعُه لغَيْبةِ مولاه، حتَّى لا يَلْزَمَ القضاءُ على الغائبِ.

فإذا آلَ الأمرُ إلى هذا؛ فلا فائدةَ في نقْضِ البَيْعِ، فلا يُجْعَلُ المُشْتَرِي خصمًا لعدمِ الفائدةِ، هذا إذا كان البَائِعُ غائبًا، فإنْ كان حاضرًا والمُشْتَرِي غائبٌ؛ قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «**شرحه**»: «لا خصومةَ بينَهم وبينَ البَائِعِ؛ لأن المالكَ هو المُشْتَرِي، فيَكُونُ فسْخُ العقدِ قضاءً على الغائبِ، فلا يَجُوزُ»[1].

وقال [الشيخُ][2] أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ ﷺ في «**شرح الجامع الكبير**» في كتابِ الشُّفْعَةِ في بابِ ما يَكُونُ الرَّجُلُ فيه خصمًا في إقامةِ البَيِّنَةِ على الشُّفْعَةِ: «رَجُلٌ اشترى دارًا فوهبَها لآخَرَ، وغاب المُشْتَرِي بعدَما قبَضها المَوْهُوبُ له، فالمَوْهُوبُ له خصْمٌ لِلشَّفِيعِ في قولِ أبي يوسفَ ﷺ، ويُقْضَى له بها وبالثمنِ، وتَبْطُلُ الهِبَةُ، ويُسْتَوْثَقُ مِن الثمنِ، وكذلك لو كان باعَها المُشْتَرِي؛ أخَذَ الشَّفِيعُ إن شاء بالبَيْعِ الأوَّلِ، وإنْ شاء بالبَيْعِ الآخرِ.

وقال محمَّدٌ ﷺ: ليس بينَ الشَّفِيعِ وبينَ المَوْهُوبِ له والمُتَصَدَّقِ عليه خصومةٌ حتَّى يَحْضُرَ المُشْتَرِي، وكذلك بالبَيْعِ إن أراد الشَّفِيعُ الأخذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ، وإنْ أرادها بالبَيْعِ الثاني فالمُشْتَرِي الآخرِ خصْمٌ، وهو تسليمٌ للشُّفْعَةِ مِن الشَّفِيعِ في البَيْعِ الأوَّلِ».

قال الشيخُ أبو المُعِينِ: «ولم يَذْكُرْ محمَّدٌ ﷺ في «**الجامع**» قولَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، [واختلَف المشايخُ فيه][2]، قال مشايخُ بلْخَ ﷺ: [قولُه][2] مع أبي يوسفَ؛ لأن في الغالبِ أبا حَنِيفَةَ مع أبي يوسفَ ﷺ، فيُجْعَل [٦٢/٣ظ] قولُهم مع أبي يوسفَ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/١٨٥].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

لَهُمْ بِدِينِهِمْ وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا اِشْتَرَىٰ دَارًا وَوَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ [١٤٩/د] ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالْمَوْهُوبُ لَهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ عِنْدَهِمَا؛ خِلَافًا لَهُ. وَعَنْهُمَا مِثْلَ

غاية البيان

ما أمْكَنَ، وهنا الإمكانُ ثابتٌ؛ لأنه لم ينصَّ محمَّدٌ ﷺ على خلافِ ذلك.

وقال مشايخُ العراقِ ﷺ: لا، بل قولُه مع[1] محمَّدٍ؛ لأن ابنَ سَمَاعَةَ ذكَر في «**نوادره**» هذه المسألةَ، وذكرَ قولَ أبي حَنِيفَةَ مع محمَّدٍ، وكذا ذكَر محمَّدٌ في المَأْذُونِ من «**المبسوط**»، مسألةً تُشْبهُ هذه المسألةَ، وذكَر فيها قولَ أبي حَنِيفَةَ معَ محمَّدٍ ﷺ. قال: وهذا أصحُّ»[2].

أمَّا الكلامُ في الهِبَةِ والصَّدَقَةِ: أبو يوسفَ يَقُولُ: بأن الشَّفِيعَ يدَّعِي حقًّا في الدارِ؛ لأن حقَّ الشَّفِيعِ مقصورٌ على عيْنِ الدارِ، حتَّىٰ لو أراد أنْ يأْخُذَ مكانَ الدارِ شيئًا آخرَ؛ لا يَقْدِرُ، ولوِ ادَّعَىٰ مِلْكَ الدارِ، انتصَب[3] المَوْهُوبُ له، والمُتَصَدَّقُ عليه خصمًا، فكذا إذا ادَّعَىٰ حقًّا في الدارِ.

وهما يقولان: إنا متىٰ جعلنا المَوْهُوبَ له، والمُتَصَدَّقَ عليه خصمًا في الابتداءِ ـ لكونه مالكًا في الدارِ ـ؛ احتَجْنا إلىٰ أنْ نُخرِجَه عن كونِه خصمًا في الانتهاءِ، فلا نجعلُه خصمًا في الابتداءِ قَصْرًا للمسافةِ.

بيانُه: أنَّا [متىٰ][4] جعلنا المَوْهُوبَ له والمُتَصَدَّقَ عليه خصمًا، وقضَيْنا [٥١/٧و/م] لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ؛ احتَجْنا إلىٰ نقْضِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ حتَّىٰ تَعُودَ الدارُ إلىٰ مِلْكِ المُشْتَرِي، ثم يتملَّكُ عليه الشَّفِيعُ، ولهذا كانتِ العُهْدَةُ على المُشْتَرِي، لا

---

(١) وقع بالأصل: «محل مع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٣٠٧/٩]، «البناية شرح الهداية» [١٦٨/١١]، «رد المحتار» [١٧٠/٦].

(٣) وقع بالأصل: «وانتصب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ يَدَّعِي الْمِلْكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُون خَصْمًا لِكُلِّ مِنْ يُنَازِعُهُ. وَلَهُمَا: أَنَّ الدَّعْوَىٰ تَتَضَمَّنُ فَسْخَ الْعَقْدِ وَقَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الْفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ.

غاية البيان

على المَوْهُوبِ له والمُتَصَدَّقِ عليه، ومتى نَقَضْنا الهِبَةَ والصَّدَقَةَ؛ بقِيَتِ الدارُ في يَدَي المَوْهُوبِ له والمُتَصَدَّقِ عليه مِلْكًا لِلمُشْتَرِي، وهو أمينٌ في الدارِ، فلا يَصْلُحُ خصمًا، بخلافِ ما لو ادَّعَىٰ مِلْكًا مطلقًا في هذه الدارِ؛ لأنَّا متىٰ قضَيْنا بمِلْك الدار لا نحتاج إلىٰ أنْ نُعيدَ الدارَ في مِلْك الوَاهِب حتىٰ يتمَلَّكها المُدَّعِي مِن جهته؛ لأن المُدَّعِي مِلْكًا مطلقًا يسْتَحقّ المِلْكَ مِن الأصل مِن حيث الحُكْم لا مِن جهة الوَاهِب والمُتَصَدّق، فكان الوَاهِبُ والمَوْهُوبُ له سواء.

ولو كانتِ الدارُ في يد الوَاهِبِ؛ انتصَب خصمًا للمُدَّعِي، فكذا إذا كانت في يدي المَوْهُوبِ له.

وأمَّا الكلام في البَيْع: إنْ أراد الشَّفِيعُ الأخذَ بالبَيْعِ الثاني؛ فالمُشْتَرِي الثاني خَصْمٌ في قولِهم جميعًا.

أمَّا في قولِ أبي يوسفَ ﷺ: فلأنه يَعْتَبِرُ دعوىٰ الحقِّ في الدارِ.

وأمَّا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ: فلأنَّا متىٰ جعلناه خصْمًا؛ فَالشَّفِيعُ يَمْلِك الدارَ مِن جهةِ المُشْتَرِي الثاني، ولهذا كانتِ العُهْدَةُ عليه، فيتقرَّرُ الشراءُ الثاني.

وإنْ أراد الأخذَ بالشراءِ الأوَّلِ: كانتِ المسألةُ علىٰ الاختلافِ.

أمَّا في قولِ أبي يوسفَ ﷺ: فلأنه يَعْتَبِرُ دعوىٰ الحقِّ بدعوىٰ المِلْكِ.

وأمَّا في قولِهما: فلأنَّا متىٰ جعلنا المُشْتَرِيَ الثانِيَ خصْمًا في الابتداءِ؛ احتَجْنا إلىٰ إخراجِه مِن أن يَكُونَ خصمًا في الانتهاءِ؛ لأنَّا متىٰ جعلناه خصمًا في الابتداءِ،

قَالَ: وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا، فَقَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ، فَبَاعَ وَاشْتَرَىٰ؛ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أُخْبِرَ بِالْإِذْنِ فَالْإِخْبَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، ....

غاية البيان

وأخذَ الدارَ بِالشُّفْعَةِ بالشراءِ الأوَّلِ مِن المشتري الثاني؛ يُنْقَضُ الشراءُ الثاني، وتعُودُ الدارُ إلىٰ مِلْكِ المشتري الأوَّلِ، فيَحْتَاجُ إلىٰ أنْ يَتَمَلَّكَ [٣/٦٣و] الدارَ مِن جهةِ المُشْتَرِي الأوَّلِ، والمُشْتَرِي الثاني ليس بخَصْمٍ عنه فيما يتمَلَّكُ علىٰ الأوَّلِ؛ لأنه ليس بمالكٍ للدارِ، بل ضامنٌ لها، وكان بمنزلةِ الغَاصِبِ، والغَاصِبُ لا يَكُونُ خصْمًا لمن يَدَّعِي مِلْكَ المَغْصُوبِ مِن جهةِ المالكِ كالأمينِ سواءٌ، فيَظْهرُ في الآخرةِ أنه ليس بخَصْمٍ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا، فَقَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ، فَبَاعَ وَاشْتَرَىٰ؛ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التِّجَارَةِ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَقْدَمُ مصرًا فيَقُولُ: أنا عبْدُ فلانٍ، فيشتري ويَبِيعَ، قال: يَلْزَمُهُ كلُّ شيءٍ مِن أمْرِ التِّجَارَةِ، إلا أنه لا يُبَاعُ فيه حتىٰ يَحْضُرَ مولاه، فإذا حضَر فإنْ قال: أذِنْتُ له في التِّجَارَةِ؛ بِيعَ في الدَّيْنِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

[٧/٥١ظ/م] **وهنا وجهان:**

أحدُهما: أن يقولَ العبدُ حالةَ المُبَايَعَةِ: إني مَأْذُونٌ.

والثاني: ألَّا يَقُولَ: إني مَأْذُونٌ.

فإنْ قال: إني مَأْذُونٌ، فاشترىٰ وباع ولَحِقَه ديونٌ؛ فإنه يُبَاعُ ما في يدِه، ولا تُباعُ رقبتُه.

والقياسُ: ألَّا يُصَدَّقَ العبدُ، ولا يَثْبُتَ الإذْنُ بقولِه حتَّىٰ لا يَحِلَّ للسامعِ المُبَايَعَةُ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٣].

. . . .

معَه؛ لأنه إقرارٌ على مولاه؛ لأن حُكْمَ إقرارِه يَلْزَمُ مولاه.

وفي الاستحسانِ: يُصَدَّقُ ويُقْبَلُ قولُه؛ لأن هذا خبَرٌ في المعاملاتِ، وخبرُ الواحدِ في المعاملاتِ مقبولٌ، أَلَا تَرىٰ أن واحدًا لو قال: أنا وكيلُ فلانٍ، أوْ مُضَارِبُ فلانٍ، وليس ثَمَّةَ أحدٌ يُكَذِّبُه، فيُقْبَلُ قولُه؛ لأن الظاهرَ أنه يُصَدَّقُ، ولا يُكَذَّبُ، فكذا هنا؛ لأن في التِّجَارَةِ مَنْفَعَةٌ لمولاه، فالظاهرُ أنه مَأْذُونٌ ما لم يَتَبَيّنِ الحَجْرُ؛ ولأنَّ للناسِ حاجةً إلىٰ قبولِ قولِ الآحادِ في هذا البابِ؛ لأنَّ الإنسانَ يَبْعَثُ عبْدَه إلىٰ الآفاقِ لِيَتَّجِرَ، أوْ يبعثُ مُضارِبَه أوْ وَكِيلَهُ.

فلو قُلنا: إن قولَهُم لا يُقْبَلُ؛ لضاقَ الأمرُ علىٰ الناسِ؛ لأنه حينَئذٍ يَحْتَاجُ العبدُ أنْ يَستَصْحِبَ مولاه آناءَ الليلِ، وأطرافَ النهارِ، أو شاهدَيْنِ عدلَيْنِ يَشْهَدَانِ علىٰ الإذْنِ، وكذلك الوَكِيلُ والمُضَارِبُ، وما ضاق أمْرُه اتَّسَع حُكْمُه، وإنْ لم يَقُلِ العبدُ حالةَ المُبَايَعَةِ أنه مَأْذُونٌ، ولكنَّهُ باع واشتَرىٰ.

فالقياسُ: أَلَّا يَجُوزَ بَيْعُه ولا شراؤُه؛ لأنه يَحْتَمِلُ أنه مَأْذُونٌ، ويَحْتَمِلُ أنه مَحْجُورٌ، فلا يَثْبُتُ الإِذْنُ بالشكِّ، وما في يدِه مالُ مولاه، فلا يُبَاعُ في دَيْنِه بالشكِّ.

وفي الاستحسانِ: يَجُوزُ بَيْعُه وشراؤُه، ويُطالَبُ العبدُ بديونِ الغُرَمَاءِ؛ لأن إقدامَهُ علىٰ المُبَايَعَةِ معَ الناسِ دليلٌ علىٰ إقرارِه أنه مَأْذُونٌ؛ لأنه عاقلٌ دَيِّنٌ، فالظاهرُ أنه لا يُقْدِمُ علىٰ تصرُّفاتٍ فاسدةٍ.

ثم إذا لَحِقَه دَيْنٌ: كان القياسُ أَلَّا يُبَاعَ ما في يدِه حتَّىٰ يَحْضُرَ مولاه، وفي الاستحسانِ: يُبَاعُ.

وَجْهُ القياسِ: أن ما في يدِه لمولاه، فيَكُونُ في بَيْعِه قضاءٌ علىٰ مولاه، وهو غائبٌ، فلا يَجُوزُ؛ ولهذا لا تُباعُ رقبَتُه.

وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ، إِذْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَحْجُورَ يَجْرِي عَلَىٰ مُوجِبِ حَجْرِهِ، وَالْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ؛ كَيْلَا يَضِيقَ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ حَتَّىٰ يَحْضُرَ مَوْلَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَا خَالِصُ حَقِّ

غاية البيان

وَوجْهُ الاستحسانِ: أن ما في [٦٣/٣ظ] يدِه مِن تجارتِه، والعبدُ في تجارتِه كالحُرِّ، فإذا قُبِلَ قولُه في التِّجَارَةِ؛ قُبِلَ فيما هو مِن ضروراتِها، وليس الكسبُ كالرقبةِ؛ لأن رقبَتَهُ ليست مِن تجارتِه؛ لأن ذلك مالُ المولىٰ في يدِ المولىٰ. كذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»، والإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرح الكافي**».

وقال **شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه** رحمه الله في «**مبسوطه**»: «ولو أن الغُرَمَاءَ أقامُوا البَيِّنَةَ أن العبدَ مَأْذُونٌ [٥١/٧و/م][(١)] له في التِّجَارَةِ، والعبدُ يَجْحدُ، والمولىٰ غائبٌ؛ فإنه لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهم حتىٰ لا تُباعَ رقبةُ العبدِ بالدَّيْنِ؛ لأن هذه البَيِّنَةَ قامت على غائبٍ، وليس عنه خَصْمٌ حاضرٌ؛ لأن العبدَ في حقِّ رقبتِه لا يَنتَصِبُ خصمًا عن المولىٰ لمن يَدَّعِي حقًا في رقبتِه.

وإنْ أَقَرَّ العبدُ بالدَّيْنِ، فباع القاضي أكسابَه، وقضىٰ دَيْنَ الغُرَمَاءِ، ثم جاء المولىٰ، وأنكَر الإذْنَ، فإنَّ القاضيَ كلَّفَ الغُرَمَاءَ البَيِّنَةَ على الإِذْنِ، فإنْ أقاموها، وإلا ردُّوا إلىٰ المولَىٰ جميعَ ما قبَضوا مِن ثمنِ أكسابِ العبدِ، ولا تُنْقَضُ البيوعُ التي جرَتْ من القاضي في كَسْبِه؛ لأن للقاضي ولايةَ بَيْعِ مالِ الغائبِ، وتؤخَّرُ حقوقُ الغُرَمَاء إلىٰ أن يَعْتِقَ العبدُ؛ لأنَّ الإِذْنَ لَمْ يَثْبُت لَمَّا أنكَر المولىٰ، فكان مَحْجُورًا، والمَحْجُورُ لا يُؤَاخَذُ بضمانِ الأقوالِ للحالِ، وإنما يُتْبَعُ بعدَ العتقِ.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ)، أي: إن لم يُخْبِرِ العبدُ حالةَ المُبايَعَةِ بأنه مَأْذُونٌ؛ يَكُونُ تصرُّفُه دليلًا علىٰ أنه مَأْذُونٌ فيه قياسٌ واستحسانٌ بيَّناهما آنفًا.

---

(١) تكرر ترقيم هذه اللوحة.

وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ، إِذْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَحْجُورَ يَجْرِي عَلَىٰ مُوجِبِ حَجْرِهِ وَالْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ؛ كَيْلَا يَضِيقَ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ حَتَّىٰ يَحْضُرَ مَوْلَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَا خَالِصُ حَقِّ

غاية البيان

وَوجهُ الاستحسانِ: أن ما في [٣/٦٣ظ] يدِه مِن تجارتِه، والعبدُ في تجارتِه كالحُرِّ، فإذا قُبِلَ قولُه في التِّجارةِ؛ قُبِلَ فيما هو مِن ضروراتِها، وليس الكسبُ كالرقبةِ؛ لأن رقبَتَهُ ليست مِن تجارتِه؛ لأن ذلك مالُ المولىٰ في يدِ المولىٰ. كذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»، والإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «**شرح الكافي**».

وقال شيخُ الإسلام خُواهَرْ زَادَه ﵀ في «مبسوطه»: «ولو أن الغُرَمَاءَ أقامُوا البَيِّنَةَ أن العبدَ مَأْذُونٌ [٧/١٥١و/م][1] له في التِّجارةِ، والعبدُ يَجْحدُ، والمولىٰ غائبٌ؛ فإنه لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهم حتىٰ لا تُباعَ رقبةُ العبدِ بالدَّيْنِ؛ لأن هذه البَيِّنَةَ قامت علىٰ غائبٍ، وليس عنه خَصْمٌ حاضرٌ؛ لأن العبدَ في حقِّ رقبتِه لا يَنتصِبُ خصمًا عن المولىٰ لمن يَدَّعِي حقًّا في رقبتِه.

وإنْ أقرَّ العبدُ بالدَّيْنِ، فباعَ القاضي أكسابَه، وقضىٰ دَيْنَ الغُرَمَاء، ثم جاء المولىٰ، وأنكَر الإِذْنَ، فإنَّ القاضيَ كلَّفَ الغُرَمَاءَ البَيِّنَةَ علىٰ الإِذْنِ، فإنْ أقاموها، وإلا ردُّوا إلىٰ المولَىٰ جميعَ ما قبَضوا مِن ثمنِ أكسابِ العبدِ، ولا تُنْقَضُ البيوعُ التي جرَتْ من القاضي في كَسْبِه؛ لأن للقاضي ولايةَ بَيْعِ مالِ الغائبِ، وتؤخَّرُ حقوقُ الغُرَمَاء إلىٰ أن يَعْتِقَ العبدُ؛ لأنَّ الإِذْنَ لَمْ يَثْبُت لَمَّا أنكر المولىٰ، فكان مَحْجُورًا، والمَحْجُورُ لا يُؤَاخَذُ بضمانِ الأقوالِ للحالِ، وإنما يُتْبَعُ بعدَ العتقِ.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ)، أي: إن لم يُخْبِرِ العبدُ حالةَ المُبَايَعَةِ بأنه مَأْذُونٌ؛ يَكُونُ تصرُّفُه دليلًا علىٰ أنه مَأْذُونٌ فيه قياسٌ واستحسانٌ بيَّناهما آنفًا.

(١) تكرر ترقيم هذه اللوحة.

الْمَوْلَىٰ، بِخِلَافِ الْكَسْبِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَاهُ **فَإِنْ حَضَرَ فَقَالَ: هُوَ مَأْذُونٌ بِيعَ فِي الدَّيْنِ**؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ، وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ.

غاية البيان

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكَره قبْلَ ورقتَيْنِ عندَ قولِه: (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ)؛ لأن المولىٰ إنما يخْلُفُه في المِلْكِ بعدَ فراغِه عن حاجةِ العبدِ، ولم يَفْرُغْ.

قولُه: (بِيعَ فِي الدَّيْنِ)، أي: إذا لم يَقْضِ المولَىٰ دَيْنَه.

قولُه: (لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ)، أي: يَقُولُ المولىٰ: إنه مَأْذُونٌ، وحُكْمُ المَأْذُونِ أَنْ يُبَاعَ في الدَّيْنِ.

والحاصلُ هنا: ما قال في «**شرح الطحاوي**»: أن خبرَ المُخْبِرِ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: خبَرٌ في الديانةِ، وخبَرٌ في الشهادةِ، وخبَرٌ في المعاملةِ.

فأمَّا الخبرُ في الدِّيانةِ: فيُشْتَرَطُ فيه العدالةُ دونَ العددِ؛ كالشهادةِ علىٰ هلالِ رمضانَ.

وأمَّا الشهادةُ: فيُشْتَرَط فيها العددُ والعدالةُ.

وأمَّا في بابِ المعاملةِ: لا يُشْتَرطُ العددُ ولا العدالةُ؛ لأنه لو شُرِطَ لضاق الأمرُ علىٰ الناسِ؛ لأن الغالبَ في المعاملةِ إنما يَجْرِي علىٰ أيدي العبيدِ والخَدمِ، وليس كلُّهم عُدولًا، وما ضاق أمْرُه علىٰ الناسِ اتَّسع حُكْمُه.

واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

فَصْلٌ

وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ؛ فَهُوَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ.

غاية البيان

فَصْلٌ

لَمَّا فرَغ عن بيانِ إِذْنِ العبدِ: شرَع في بيانِ إِذْنِ الصَّبِيِّ الذي يَعْقِلُ والمَعْتُوهِ، وقَدَّم الأوَّلَ لكثرةِ الاحتياجِ إليه بكثرةِ وقوعِه؛ ولأنَّ إِذْنَ العبدِ صحيحٌ اتِّفاقًا، بخلافِ إِذْنِ الصَّبِيِّ، فإن فيه خلافَ الشَّافعيِّ، والأصلُ عدمُ الخلافِ، فقَدَّم المُجْمعَ[1] عليه؛ لكونِه أصلًا.

[٣/٦٤و] **قولُه:** (وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ؛ فَهُوَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2].

وإنما قَيَّدَ [٧/٥١ظ/م][3] بقولِه: (يَعْقِلُ الْبَيْعَ)؛ لأن الصَّبِيَّ إذا كان لا يَعْقِلُ البَيْعَ والشراءَ فإِذْنُه باطلٌ، وإِذْنُه وإِذْنُ البهيمةِ سواءٌ؛ لأن صحَّةَ التِّجارةِ بصحَّةِ العبارةِ، ولا صحَّةَ لعبارةِ مَن لا يَعْقِلُ.

والمرادُ مِن قولِه: (يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ)، أن يَعْقِلَ معنىٰ البَيْعِ والشراءِ، بأنْ عرَفَ أن البَيْعَ سالِبٌ للمِلْكِ، والشراءُ جالِبٌ له، وعرَفَ الغَبْنَ اليَسِيرَ مِن الغَبْنِ الفاحشِ، وليس المرادُ منه أنْ يَعْرِفَ نفْسَ العبارةِ، فإنه ما مِن صبيٍّ يُلَقَّنُ البَيْعَ والشراءَ إلا ويتلَقَّنُهما. كذا قال شيخُ الإسلامِ خُواهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

وبعضُهم قالوا: معناه: أنْ يَعْرِفَ البَيْعَ ويَقِفَ علىٰ قِيَمِ الأشياءِ علىٰ وَجْهٍ لو سُئِلَ عن قِيمَةِ شيءٍ يُقَرِّبُ في تقويمِه ولا يُجازِفُ، فإذا كان هكذا؛ فالظاهرُ أنه لا

---

(١) وقع بالأصل: «المجمل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٤٢].

(٣) تكرر ترقيم هذه اللوحة.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَنفَذُ؛ لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِهِ، وَلِأَنَّهُ مَوْلًى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الْوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيْهِ وَيَمْلِكُ حَجْرَهُ فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ وَصَارَ

غاية البيان

يُغْبَنُ، فيَكُونُ كالبالغ، فيَصِحُّ بَيْعُه وإِذْنُه في التِّجَارَةِ، وإلَّا فلا. كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي».

ومعنىٰ قولِه: (كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ)، أنه يَنفُذُ تصرُّفُه في التِّجَارَاتِ جميعًا، فإذا أَذِنَ له في نوعٍ مِن التِّجَارَةِ؛ يَكُونُ مأذونًا له في الأنواعِ كلِّها.

وعندَ الشَّافعيِّ ﷺ: إِذْنُ الصَّبِيِّ العاقلِ باطلٌ، وعلىٰ هذا الخلافِ إِذْنُ العبدِ الصغيرِ وكِتَابتُه[1]. كذا في «شرح الكافي».

وقال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبسوطه»: وإذا أَذِنَ الرَّجُلُ لابنِه في التِّجَارَةِ وهو صغيرٌ لم يَبْلُغْ، إلا أنه يَعْقِلُ البَيْعَ والشراءَ؛ جاز إِذْنُه، وصار مأذونًا له في التِّجَارَةِ.

قال الشَّافعيُّ ﷺ: لا يَصِحُّ إِذْنُه، ولا يَصِيرُ مأذونًا له في التِّجَارَةِ، وكذلك الوَصِيُّ، وكذلك المولىٰ إذا أَذِنَ لعَبْدِه في التِّجَارَةِ وهو صغيرٌ يَعْقِلُ البَيْعَ والتِّجَارَةَ والشراءَ؛ فالمسألةُ علىٰ هذا الاختلافِ.

وكذلك هذا الاختلافُ إذا باع الصَّبِيُّ مالَه، أوِ اشترىٰ لنفسِه شيئًا قبلَ الإِذْنِ، وهو يَعْقِلُ البَيْعَ والشراءَ؛ انعقدَ بَيْعُهُ وشراؤُه، حتىٰ لو أجاز الأبُ أو الوَصِيُّ جاز عندَنا.

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: لا يَجُوزُ، فالمذهبُ عندَه: أن الصَّبِيَّ العاقلَ فاسدُ العبارةِ فيما صار مُولِيًا[2] عليه؛ كالطفلِ الذي لا عقلَ له، سواءٌ كان له في ذلك مَنْفَعَةٌ مِن

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٤/٤٩٦]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٤٧].

(٢) وقع بالأصل: «مولىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَامُ بِالْوَلِيِّ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ عَلَىٰ أَصْلِهِ فَتَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ إِلَىٰ تَنْفِيذِهِ مِنْهُ. أَمَّا الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ يَتَوَلَّاهُ الْوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ.

غاية البيان

كلِّ وَجْهٍ كقَبُولِ الهِبَةِ والإسلامِ، أو يتردَّدُ بينَ الضررِ والنفعِ، كالتِّجَارَةِ، فلا يَصِحُّ إسلامُه، ولا تَنْعَقِدُ تجارتُه، وفيما إذا لم يَصِرْ مُوليًا عليه، فإنه صحيحُ العبارةِ فيما يَنفَعُهُ حتَّىٰ يَصِحَّ تنَفُّلُه بالعباداتِ أيِّ عبادةٍ كانت، وتصحُّ وصيَّتُه بالقُرَبِ، ويَصِحُّ اختيارُه لأحدِ الأبوَيْنِ بعدَ الفُرقةِ؛ لأنه في هذه التَّصَرُّفَاتِ غيرُ مَوْلِيٍّ عليه، وإنه مما يَنْفَعُه، أو يتردَّدُ بينَ الضررِ والنفعِ، وإن كان يَضُرُّه مِن كلِّ وَجْهٍ، فإنه يَكُونُ فاسدَ العبارةِ [٣/٦٤ظ]؛ كالطفلِ [٧/٥٢و/م] الذي لا عَقْلَ له أصلًا، وإن لم يَكن مُوليًا عليه كالطلاقِ والعَتَاقِ[1].

وعندنا: الصَّبِيُّ العاقلُ صحيحُ العبارةِ فيما يَنْفَعُهُ مِن كلِّ وَجْهٍ، سواءٌ كان مُوليًا أو لم يَكُنْ؛ كَقَبُولِ الهِبَةِ والإسلامِ، وإن كان يتردَّدُ بينَ النفعِ والضَّررِ كَالتِّجَارَةِ، فإنه صحيحُ العبارةِ في حقِّ الانعقادِ، حتَّىٰ تَنْعَقِدَ تجارتُه موقوفًا علىٰ إجازةِ المولَىٰ، وفيما يضرُّه مِن كلِّ وَجْهٍ؛ كالطلاقِ والعَتَاقِ، فاسدُ العبارةِ أصلًا في حقِّ الانعقادِ والنفَاذِ جميعًا، كالطفلِ الذي لا عَقْلَ له[2].

وَلِلشَّافعيِّ ﷺ وجهانِ:

أحدُهما: أن الصَّبِيَّ مَحْجُورٌ عليه بالإجماعِ قبلَ الإِذْنِ، وكان عِلَّةُ الحَجْرِ صِباه، والصَّبِيُّ قائمٌ بعدَ الإِذْنِ، فيَبْقَىٰ مَحْجُورًا.

والثاني: أن الصَّبِيَّ مَوْلِيٌّ عليه في هذه التَّصَرُّفَاتِ قَبْلَ الإِذْنِ وبعدَ الإِذْنِ.

(١) ينظر: «الأم» [٨/٢٥]، «الحاوي الكبير» [١٨/١٤٣].

(٢) ينظر: «المبسوط» [٢٥/٢١ ـ ٢٣]، «بدائع الصنائع» [٧/١٩٣]، «تبيين الحقائق» [٥/٢١٩]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٦٩].

وَلَنَا: أَنَّ التَّصَرُّفَ الْمَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ تَقْرِيرُهُ فِي الْخَلَافِيَّاتِ.

غاية البيان

أَمَّا قبلَ الإِذْنِ: فظاهرٌ، وكذا بعدَ الإِذْنِ؛ لأن تصرُّفَ الوَلِيِّ في مالِ الصغيرِ بعدَ الإِذْنِ نافذٌ، فثبتَ أنه مَوْلِيٌّ عليه، فإذا كان مُولِيًا عليه استحال أن يَكُونَ والِيًا لمنافاةٍ بينَ كونِه والِيًا ومُولِيًا عليه؛ لأنه كونُه مُولِيًا عليه أمارةُ العجزِ، وكونُه والِيًا أمارةُ القدرةِ، فلم يَنْفُذْ تصرُّفُه في التِّجَارَةِ، كما لم يَنْفُذْ في الطلاقِ والعَتَاقِ.

بخلافِ التنفُّلِ بالعباداتِ؛ كالصومِ والصلاةِ، فإنه يَنْفُذُ؛ لأنه ليس بمَوْلِيٍّ عليه، وكذلك الوصيَّةُ بالقُرَبِ تَصِحُّ منه عندَه؛ لأنه ليس بمَوْلِيٍّ عليه فيها، فتحقَّقتِ الضرورةُ في تصحيحِ مباشرتِه، ولا ضرورةَ في التِّجَارَةِ؛ لأنها تصحُّ مباشرةُ الوَلِيِّ.

ولنا: أن الصَّبِيَّ باشَر تصرُّفًا مشروعًا، وهو مِن أهلِ المباشرةِ حقيقةً وشرعًا، فوَجَبَ أن يَنْعَقِدَ هذا التعليلُ لِمَا قبلَ الإِذْنِ.

وأَمَّا بعدَ الإِذْنِ فنقُولُ: إنه باشَر تَصَرُّفًا مشروعًا، وهو مِن أهلِ المباشرةِ حقيقةً وشرعًا، وله ولايةٌ على المحلِّ؛ لصدُورِه بإذْنِ المولَىٰ، فيَجِبُ أن يَنْفُذَ.

وإنما قُلنا: إنه باشَر تَصَرُّفًا مشروعًا؛ لأن اللهَ تعالىٰ أحلَّ البَيْعَ مطلقًا مِن غيرِ فَصْلٍ بينَ البالغِ والصَّبِيِّ، فكان تصَرُّفُه مشروعًا، والمعنىٰ الذي شرَع اللهُ البَيْعَ لأجْلِه في حقِّ البالغِ موجودٌ في حقِّ الصَّبِيِّ، وذلك المعنىٰ إقامةٌ لمَصالحِ العبادِ وقضاءِ حاجَتِهم.

وإنما قُلنا: إنه مِن أهلِ المباشرةِ؛ لأن أهلَ الشيءِ مَن كان قادرًا علىٰ ذلك الشيءِ، والصَّبِيُّ قادرٌ علىٰ المباشرةِ حقيقةً وشرعًا.

أَمَّا حقيقةً: فظاهرٌ؛ لأنه عاقلٌ يُمَيِّزُ، وبالعقلِ يَصيرُ قادرًا علىٰ التَّصَرُّفِ؛ لأنه بالعقلِ يَعْرِفُ مَضْمُونَ التَّصَرُّفِ، ويُمَيِّزُ بينَ نَفْعٍ وضُرٍّ، وبينَ خيرٍ وشَرٍّ، ولهذا قال

. . . .

الشَّافعيُّ ﷺ: يَصِحُّ اختيارُه أحدَ الأبوَيْنِ(١)، وتَصِحُّ وصيَّتُه بالخَيْراتِ(٢)، فلولا الأهليَّةُ فيه لَمَا صحَّ ذلك.

[٥٢/٧ظ/م] **أمَّا شرعًا:** فلأنَّ القدرةَ الشرعيَّةَ إنما تُستفادُ بإِذْنِ الشَّرْعِ، وإِذْنُ الشَّرْعِ وُجِدَ؛ لأن اللهَ تعالىٰ شرعَ البَيْعَ مطلقًا مِن غيرِ فَصْلٍ بينَ البالغِ والصَّبِيِّ.

والدليلُ علىٰ أن تصرُّفَه مَشْرُوعٌ: أن الوَلِيَّ إذا باشَر البَيْعَ أو الشراءَ لأَجْلِه بطريقِ النِّيابَةِ صحَّ [٦٥/٣و]، فلولا أن التَّصرُّفَ مَشْرُوعٌ في حقِّ الصَّبِيِّ؛ لم تَصِحَّ مباشرةُ الوَلِيِّ أصلًا.

أَلَا تَرىٰ أن الطلاقَ أو العَتَاقَ لَمَّا لم يَكُنْ مشروعًا في حقِّ الصَّبِيِّ؛ لم تَصِحَّ مباشرةُ الوَلِيِّ الطلاقَ والعَتَاقَ علىٰ امرأةِ الصَّبِيِّ وعَبْدِه، ولَمَّا مَلَكَ الوَلِيُّ التَّصرُّفَ في التِّجَارَةِ عُلِمَ أنه مَشْرُوعٌ في حقِّ الصَّبِيِّ.

والدليلُ علىٰ صحَّةِ ما قُلنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦]. أمَر الوَصِيَّ بأنْ يدْفعَ إلىٰ اليَتِيمِ مالًا قليلًا يَتَّجِرُ في ذلك حتىٰ يَقِفَ علىٰ رُشْدِه وفسادِه، والخلافُ في الوَصِيِّ والأبِ واحدٌ، فكان الواردُ في الوَصِيِّ واردًا في الأبِ، فلولا أن تصرُّفَ الصَّبِيِّ جائزٌ؛ لم يَأْمُرِ اللهُ تعالىٰ بابتلاءِ اليتامىٰ بدَفْعِ المالِ إليهم.

وذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «**مبسوطه**»: أن النَّبِيَّ ﷺ عرَضَ

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٠١/١١]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٩٤/٦]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/ ٢١١].

(٢) في هذا قولان في مذهب الشافعي، والأصح: هو الجواز. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٨٩/٨]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣٤٠/٢]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٢١٧/٦].

. . . .

الإسلامَ على عَلِيّ ﷺ وهو صبيٌّ لم يَحْتَلِمْ، فصحَّح النَّبِيُّ ﷺ إسلامَه، ولم يُوَرِّثْهُ مِن أبيه أبي طالبٍ حينَ مات.

وقولُه: إنه مَحْجُورٌ عليه قَبْلَ الإِذْنِ لصباهُ.

قلنا: لَا نُسَلِّمُ أنه مَحْجُورٌ عليه لصِبَاه، بل لقلَّةِ هِدايَتِه لعدمِ التجربَةِ، فإذا انضمَّ إلى رأيهِ رأْيُ الوَلِيِّ؛ صار هو والبالغُ سواءً، فيترجَّحُ جانبُ النفعِ على جانبِ الضررِ، بل هذا أقوى؛ لأنه تصرُّفٌ حضَره رأْيانِ، فكان أقربَ إلى النظرِ مِن التَّصَرُّفِ الذي حضَره رأيٌ واحدٌ، فلا يَبْقَى الضررُ، فيرتَفِع الحَجْرُ.

بخلافِ الطلاقِ والعَتَاقِ، فإنه ضار مَحْضٌ، لا يُجْعَلُ الصَّبِيُّ أهلًا لهما أصلًا؛ لأن الصَّبِيَّ العاقلَ يُشْبِهُ البالغَ مِن وَجْهٍ؛ لأنه عاقلٌ مُمَيِّزٌ، ويُشْبِهُ الطفلَ الذي لا عَقْلَ له لنقصانِ عَقْلِه قبلَ البلوغِ، ولهذا لم يتوجَّه عليه خِطَابُ الشَّرْعِ، فَلِشَبَهِه بالبالغِ جُعِلَ صحيحَ العبارةِ فيما يَنْفَعُهُ مِن كلِّ وَجْهٍ كَقَبُولِ الهِبَةِ والإسلامِ، وفي حقِّ انعقادِ التِّجَارَةِ الدائرةِ بينَ النفعِ والضَّرَرِ؛ لأنه ربَّما يَكُونُ فيه مَنْفَعَةٌ يَفُوتُ ذلك متى لم نَقُلْ بالانعقادِ أصلًا، فيَنْعَقِدُ موقوفًا على إجازةِ الوَلِيِّ، فإنْ كان فيه نفْعٌ لا يَفُوتُه بإجازةِ الوَلِيِّ[1]، وإن كان فيه مضَرَّةٌ لا يَلْزَمُهُ، وجُعِلَ فاسدَ العبارةِ فيما هو ضرَرٌ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ كالطلاقِ والعَتَاقِ توفيرًا على الشبهَيْنِ حَظَّهما؛ ولأن الصَّبِيَّ مُسْتَثْنًى عن شرعيَّةِ [٧/٥٣و/م] الطلاقِ؛ لقولِه ﷺ: «**كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ**»[2].

وقولُه: إنه مَوْلِيٌّ عليه في التَّصَرُّفِ، فلا يَكُونُ والِيًا للمُنَافَاةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «المولى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) مضى تخريجه.

فَالصِّبَا سَبَبُ الْحَجْرِ لِعَدَمِ الْهِدَايَةِ لَا لِذَاتِهِ، وَقَدْ تَبَتَتْ نَظَرًا إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ، وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ؛ لِاسْتِيفَاءِ الْمَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ، وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الْحَالِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ؛ لِأَنَّهُ ضَارٌّ مَحْضٌ فَلَمْ يُؤَهَّلْ لَهُ.

غاية البيان

قُلنا: لَا نُسَلِّمُ المُنَافَاةَ؛ لأنها إنما تَلْزَمُ إذا اجتمعَ كونُه والِيًا ومُولِيًا عليه في تصَرُّفٍ واحدٍ، أمَّا إذا كان ذلك في غيرِ تصَرُّفٍ واحدٍ، فلا مُنَافَاةَ؛ لأنَّ شَرْطَ المُنَافَاةِ اتِّحادُ المحلِّ.

قولُه: (وَالصِّبَا سَبَبُ الْحَجْرِ لِعَدَمِ الْهِدَايَةِ لَا لِذَاتِهِ)، جوابٌ عن قولِه: (**لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ**)، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

وقولُه: (وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ [٣/٦٥ظ] لِنَظَرِ الصَّبِيِّ؛ لِاسْتِيفَاءِ الْمَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ، وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الْحَالِ)، أي: بقاءُ ولايةِ الوَلِيِّ بعدَ الإِذْنِ نظَرًا للصَّبِيِّ؛ لاستيفاءِ المصلحةِ بطريقِ مباشرةِ الوَلِيِّ للتِّجَارَةِ لأجْلِ الصَّبِيِّ، وبطريقِ مباشرةِ الصَّبِيِّ بنفسِه، وهذا جوابٌ عن قولِه: «**وَلِأَنَّهُ مَوْلِيٌّ عَلَيْهِ، فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ**)، يعني: أن في بقاءِ ولايةِ الوَلِيِّ مع جَعْلِ الصَّبِيِّ والِيًا مَعْنيانِ[1]:

أحدُهما: اسْتِيفَاءُ مصلحةِ الصَّبِيِّ بطريقَيْنِ.

---

(١) كذا وقَع في النُّسَخ «مَعْنيان» بالرفع، وحقُّه النصْب لكونه اسم «إنّ» مؤخَّر، غير أن ذلك صحيح أيضا في العربية، وله وجهان:
الأول: نَصْبُه على أنه اسم «إنّ» ولكنه نُصِبَ بحركة مقدَّرة على الألف، على لغة بلحارث بن كعب وغيرهم، ممن يُلْزِمون المثنَّى والمُلْحَق به الألفَ في حالات الإعراب الثلاثة.
والثاني: رَفْعُه على أنه مبتدأ، وخبَره: «في بقاء»، والجملةُ مِن المبتدأ والخبر في محل رَفْع خبر «إنّ»، واسمُ «إنّ» في هذه الحالة: ضمير الشأن المحذوف، والتقدير: «إنه مَعْنيان في بقاء ولاية...». ونحو هذا ما ذكروه في تخريج قولهﷺ «**إِنَّ مِنْ أَشَدِّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ الْمُصَوِّرُونَ**». ينظر: «شَوَاهِد التَّوضيح» لابن مالك [ص/٢٠٥]، و«تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد» لناظر الجيش [٣/١٣٠٧]. و«مغني اللبيب» لابن هشام [ص/ ٥٦].

وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنَ الْبَيْعِ سَالِبًا لِلْمِلْكِ جَالِبًا لِلرِّبْحِ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ مِنَ الْأَحْكَامِ؛ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فَكُّ الْحَجْرِ وَالْمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ عَبْدًا كَانَ أَوْ صَبِيًّا، فَلَا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوْعٍ دُونَ

غاية البيان

ثم جَدِّه، ثم وَصِيُّ جَدِّه، ثم وَصِيُّ وصيِّه، ثم القاضي، ومَن نصَبَه القاضي، سواءٌ كانَ الصغيرُ في عيالِ هؤلاء أوْ لم يَكُنْ». وقد مَرَّ في كتابِ الهِبَةِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإذا لم يَكُنْ للصَّبِيِّ إلا وَصِيُّ الأُمِّ، فأَذِن له، أو لعَبْدِه في التِّجَارَةِ؛ فإذْنُه باطلٌ؛ لأنه يَسْتَفِيدُ الإِذْنَ من جِهَتِهَا، وليس لها ولايةُ التِّجارَةِ، ولا ولايةُ الإِذْنِ بالتِّجَارَةِ، فكذا مَن نزَلَ منزلَها، وإِذْنُ القاضي أو الوالي الذي يَسْتَعْمِلُ القاضي للصَّبِيِّ في التِّجَارَةِ [٧/٥٣ظ/م] جائزٌ؛ لأن القاضيَ له ولايةٌ علىٰ الصَّبِيِّ عندَ عدمِ أبيه؛ لأنه يَنْزِلُ منزلةَ أبيه فيما يَمْلِكُ أبوه، وكذلك الوالي؛ لأنه هو القاضي علىٰ الحقيقةِ، وإذْنُ أميرِ الشُّرَطِ، ومَن لم يُوَلَّ القضاةُ باطلٌ؛ لأنه إنما أُقِيمَ لأمْرٍ خاصٍّ، فلا يلي التَّصَرُّفَاتِ علىٰ الناسِ». إلىٰ هنا لفْظُ «شرح الكافي».

وَالشُّرْطَةُ: خيارُ الجُنْدِ، والجمْعُ: شُرَطٌ، وصاحبُ الشُّرْطَةِ يُرَادُ به: أميرُ البلدةِ، وإنما سُمُّوا الشُّرَطَ؛ لأنهم أشرَطوا، أي: أعْلَموا لأنفسِهم علامةً يُعْرَفون بها.

قولُه: (وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنَ الْبَيْعِ سَالِبًا لِلْمِلْكِ جَالِبًا لِلرِّبْحِ)، **يعني**: أن الشرطَ مِن كونِ الصَّبِيِّ عاقلًا أنْ يَعْرِفَ مَضْمُونَ البَيْعِ، لا أنْ يَعْرِفَ مجرَّدَ العبارةِ، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَالتَّشْبِيهُ بِالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ مِنَ الْأَحْكَامِ؛ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ)، أي: في حقِّ [٣/٦٦ر] الصَّبِيِّ. أراد به: قولَه: (فَهُوَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ).

نوعٍ. وبصيرُ مأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي الْعَبْدِ. وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُ الْعَبْدِ وَلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ وَلَا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي الْعَبْدِ.

غاية البيان

قولُه: (وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي الْعَبْدِ)، هذا في الأبِ والجَدِّ والوَصِيِّ، لا في القاضي، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذكَرَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: أن القاضيَ إذا رأىٰ الصغيرَ، أو المَعْتُوه، أو عبْدَ الصغيرِ يَبِيعُ ويَشْتَرِي، فسكَتَ؛ لا يَكُونُ مأذونًا في التِّجَارَةِ، ونقَلَه عن «مَأْذُون خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ»[1].

قولُه: (وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ وَلَا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي الْعَبْدِ)، إنما قَيَّدَ بتَزْوِيجِ العبدِ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ المَأْذُونَ له في التِّجَارَةِ يَمْلِكُ تزْوِيجَ الأَمَةِ مِن عَبْدِ غيرِه أوْ مِن أجنبيٍّ، أمَّا لا يَمْلِكُ[2]: تَزْوِيجَ أَمَتِه مِن عَبْدِ نفسِه، وبه صَرَّح شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «شرح المَأْذُون الكبير».

وقال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإقرارُ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣٢٢].

(٢) كذا وقع في النُّسَخ، وفي العبارة اختلال! ويصح تخريجُها وتستقيم بزيادة: «الذي» قبل: «لا»، فتصير: «فأمَّا [الذي] لا يَمْلِك... إلخ». لكنْ حذْفُ الموصول الإسْمِي مع بقاء صِلَته: هو مذهبُ الكوفيين، والبغداديين، وانتصر له ابنُ مالك بإطلاقٍ في بعض كُتُبه، وقيَّد ذلك في مكانٍ آخر. ينظر: «شَوَاهِد التَّوضيح» لابن مالك [ص/١٣٤ ـ ١٣٥]، و«ارتشاف الضَّرَب» لأبي حيان [١٠٤٥/٢]، و«مغني اللبيب» لابن هشام [ص/٨١٥].
ويبقَىٰ بعد ذلك في العبارة: حذْفُ الفاء مِن جواب: «أمَّا»؛ لكون المشهور وجوب رَبْطِ الجواب بها؛ فيصير الكلام: «فتَزْوِيجُ أَمَتِه...» لكنْ حذْفُ الفاء مِن الجواب صحيح في اللسان العربي علىٰ التوسعة دون تَضْييق، وقد مضىٰ التنبيهُ عليه.
وأن كان نقل الشلبي في حاشيته علىٰ التبيين عن المؤلف، بتوجه تستقيم معه العبارة حيث قال: وفي شرح الأتقاني إنما قيد بالعبد؛ لأن الصبي يملك تزويج أمته من عبد غيره أو من أجنبي، ولا يملك تزويج أمته من عبد نفسه، وبه صرح شيخ الإسلام خواهر زاده. اهـ. ينظر: حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق (٢٢٠/٥).

وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ؛ يَصِيرُ مَأْذُونًا بِإِذْنِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الصَّبِيِّ المَأْذُونِ بالدَّيْنِ والغَصْبِ واستهلاكُ المالِ جائزٌ؛ لأنه متى مَلَكَ التِّجارَةَ مَلَكَ ما هو مِن ضروراتِها، ومِلْكُ الإقرارِ بِالدُّيُونِ مِن ضروراتِ التِّجارَةِ؛ ولأنه يَبِيعُ ويَشْتَرِي، فيَلْزَمُهُ الثمنُ وتَسليمُ المَبِيعِ، فيُحْتَاجُ إلىٰ أنْ يُقِرَّ بذلك؛ لأن مَن مَلَكَ شيئًا مَلَكَ الإقرارَ به؛ لأنه لو لم يَمْلِكْ؛ لامتنَع الناسُ مِن المُبايَعَةِ معَه خوفًا مِن ذهابِ أموالِهم بسببِ التِّجارَةِ معَه، فيُؤَدِّي إلىٰ انقطاعِ تجارتِه، فوَجَبَ أنْ يَمْلِكَ ضرورةَ مالكِيَّتِه التِّجارَة، وهذا في ديونِ التِّجارَةِ، أو ما هو في معنىٰ ديونِ التِّجارَةِ.

فإذا أَقَرَّ بغَصْبٍ أو استهلاكِ مالٍ يَصِحُّ؛ لأنه في معنىٰ دَيْنِ التِّجارَةِ؛ لأنه دَيْنٌ يَلْزَمُهُ بعِوَضٍ يَسْلَمُ له، وكذا لو أَقَرَّ بشيءٍ مِن تركةِ أبيه[1] لإنسانٍ صحَّ، وهو ظاهرُ الروايةِ.

ورَوَىٰ الحسنُ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن إقرارَه إنما يَصِحُّ [٧/٥٤و/م] بشيءٍ مِن تجارتِه، أمَّا بشيءٍ ليس مِن تجارتِه؛ لا يَصِحُّ».

قولُه: (وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ؛ يَصِيرُ مَأْذُونًا بِإِذْنِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ)، أي: دونَ غيرِ هؤلاء مِن الأقاربِ؛ لأن إِذْنَ القاضي يَصِحُّ للمَعْتُوهِ[2].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «والمَعْتُوهُ الذي يَعْقِلُ البَيْعَ والشراءَ في التِّجارَةِ بمنزلةِ الصَّبِيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنه ناقصُ العقلِ، وإنْ كان لا يَعْقِلُ فهو مجنونٌ، فيَكُونُ بمنزلةِ الصَّبِيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنه

(١) وقع بالأصل: «ابنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «من المَعْتُوه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

عديمُ العقلِ، ولو أَذِنَ المَعْتُوهُ الذي يَعْقِلُ البَيْعَ والشراءَ في التِّجَارَةِ ابنَه؛ كان باطلًا؛ لأنه مَوْلِيٌّ عليه، فلا يَلِي غيرَه». كذا في «شرح الكافي».

وقال في بابِ الحَجْرِ مِن المَأْذُونِ في «شرح الكافي»: «وموتُ الأبِ أوْ وَصيِّه حَجْرٌ على الصَّبِيِّ؛ لأنه يَتَصَرَّفُ بولايتِهما ورَأْيِهما، وقد زالتْ ولايتُهما ورأْيُهما بموتِهما، ولو كان القاضي أَذِنَ للصَّبِيِّ أوِ المَعْتُوهِ في التِّجَارَةِ، ثم عُزِلَ القاضي أوْ مات؛ فإنَ الصَّبِيَّ أو المَعْتُوه على إِذْنِهما؛ لأن القاضيَ لا يَتَصَرَّفُ بولايةِ نفسِه، بل يَتَصَرَّفُ بولايةِ الخليفةِ، أو ولايةِ المسلمين، وذلك قائمٌ [٦٦/٣ظ]، أَلَا ترى أن إِذْنَه بمنزلةِ الحُكْمِ منه، وسائرُ أحكامِه لا تَبْطُلُ بموتِه وعَزْلِه، فكذا هذا».

وقال الإمامُ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في «مبسوطه»: «وإذا كان للصَّبِيِّ، أوْ للمَعْتُوهِ أبٌ، أو وَصِيٌّ، أو جَدٌّ أبُ الأبِ، فرأى القاضي أنْ يأْذَنَ للصَّبِيِّ، أوْ للمَعْتُوهِ في التِّجَارَةِ، فأَذِن له، وأبى أبوه؛ فإِذْنُه جائزٌ، وإنْ كان ولايةُ القاضي على الصغيرِ مؤخَّرةٌ عن ولايةِ الأبِ والوَصِيِّ، وذلك لأنَّ الإِذْنَ في التِّجَارَةِ حقُّ الصَّبِيِّ قِبَلَ الوَلِيِّ؛ لأنه ممَّا يَنْتَفِعُ به؛ لأنه يَهْتَدِي بذلك إلى التِّجَارَاتِ، فإذا طلبَ مِن الأبِ وأبَى؛ صار الأبُ عاضِلًا له، فانتقلَتِ الولايةُ إلى القاضي، كالوَلِيِّ في بابِ النِّكَاحِ إذا عضَلَ؛ انتقلَتِ الولايةُ بسببِ العَضْلِ إلى القاضي؛ لأن النِّكَاحَ مِن الكُفْءِ حقُّ المرأةِ قِبَلَ الوَلِيِّ، فإذا امتنَعَ الوَلِيُّ مِن الإِيفَاءِ؛ انتقلَتِ الولايةُ إلى القاضي، فكذا هذا.

فإنْ حجرَ عليه أحدٌ مِن هؤلاء بعدَ ذلك؛ فحَجْرُه باطلٌ؛ لأن الحَجْرَ فسْخُ الإِذْنِ، وإنما يَصِحُّ ممَّن يَصِحُّ منه الإِذْنُ، والإِذْنُ صحَّ مِن القاضي، فلا يَبْطُلُ حَجْرِ غيرِ القاضي، وإنْ حجرَ عليه هذا القاضي بعدَما عُزِلَ لا يَعْملُ؛ لأنه إنما يَصِحُّ منه الحَجْرُ بولايةِ القضاءِ، فإذا لَمْ يَبْقَ له ولايةُ القضاءِ؛ لَمْ يَبْقَ له ولايةُ

. . . .

الحَجْرِ، وإنْ حجرَ القاضي أو الذي قام مقامَه عملَ حَجْرُه؛ لأن [٧/٥٠٤ظ/م] الثاني نائبٌ[1] عن الإمامِ الأكبرِ، فكما يَصِحُّ الحَجْرُ مِن الإمامِ الأكبرِ؛ يَصِحُّ مِن الذي قام مقامَه».

وإنما كتَبْنا هذه المسائلَ و[إن][2] لم يذْكُرها صاحبُ «**الهداية**»؛ تكثيرًا للفائدةِ، واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

فرَغْنا مِن كتابِ المَأْذُونِ بعَوْنِ اللهِ تعالىٰ بجوارِ مَشْهدِ الإمامِ الأعظمِ أبي حَنِيفَةَ ، في الثامنَ عشرَ مِن صَفَرٍ مِن سنةِ ثلاثٍ وأربعين وسبع مئةٍ، وللهِ الحمدُ والمنَّةُ، وصَلَّىٰ اللهُ علىٰ سيِّدِنا محمَّدٍ وعلىٰ آلِه وصَحْبِه، وسَلِّم تسليمًا كثيرًا دائمًا.

---

(١) وقع بالأصل: «ثابت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

كِتَابُ الْغَصْبِ

قَالَ: الْغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَىٰ سَبِيلِ التَّغَلُّبِ لِلاسْتِعْمَالِ فِيهِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوَّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَىٰ

كِتَابُ الْغَصْبِ

وَجْه المُناسبة بين الكتابيْنِ عندي: أن المَأْذُون يتصرَّف في الشيء بإِذْن الشَّرْع، والغَاصِب يتصَرَّف فيه لا بإِذْنٍ شرعي، فكان بينهما مُناسبة المقابلة، إلا أنه قُدِّم كتابُ المَأْذُون؛ لأنه مَشْرُوع، والغَصْبُ ليس بِمَشْرُوع.

ويجوز أن يقال: إن إقرار المَأْذُون يصح بِالغَصْب والاستهلاك، كما يصح بما هو من التِّجارَة، فجَرَّ الكلام إلى ذِكْر الغَصْب عَقِيب الإِذْن، فذَكَره يُبيِّن فيه[1] أحكامَه.

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: **(الْغَصْبُ فِي اللُّغَةِ: أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الْغَيْرِ عَلَىٰ طَرِيقِ التَّغَلُّبِ لِلاسْتِعْمَالِ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ اللُّغَةِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ)**[2].

واحترزَ بقولِه: **(مُحْتَرَمٍ)** عن مالِ الحَرْبِيِّ في دارِ الحربِ، فإنَّه إذا أخَذَه المسلمُ لا يُسَمَّىٰ غَصْبًا، واختلفَتْ عبارةُ مشايخِنا في حَدِّ الغَصْبِ.

قال النَّاطِفِيُّ ﷺ **في كتابِ «الأجناس»**: «الغَصْبُ: عبارةٌ عن إيقاعِ فِعْلٍ فيما

(١) وقع بالأصل: «في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«قا٣».

(٢) ينظر: «الصحاح» [١/١٩٤]، «المغرب» [٢/١٠٥]، «لسان العرب» [١/٦٤٨]، «طلبة الطلبة» [ص/ ١٧٣]، «التعريفات» [ص/ ١٦٤]، «أنيس الفقهاء» [ص/ ٢٦٩]، «فتاوىٰ النوازل» [ص/٢٠٩]، «المبسوط» [١١/٤٩]، «بدائع الصنائع» [٦/١٣١]، «الجوهرة النيرة» [١/٤٣٧]، «تبيين الحقائق» [٥/٢٢٢]، «المحيط البرهاني» [٥/٤٦٣]، «نتائج الأفكار» [٩/٣١٦].

وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ. حَتَّىٰ كَانَ اِسْتِخْدَامُ الْعَبْدِ وَحَمْلُ الدَّابَّةِ غَصْبًا دُونَ الْجُلُوسِ عَلَىٰ الْبِسَاطِ، ثُمَّ إِنَّ كَانَ مَعَ الْعَلَمِ فَحُكْمهُ الْمَأْثَمُ وَالْمَغْرَمُ، وَإِنَّ كَانَ بِدُونِهِ فَالضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَصْدِهِ وَلَا إِثْم؛ لِأَنَّ الْخَطَأَ مَوْضُوعٌ.

غاية البيان

يُمْكِنُ نَقْلُه بغيرِ إِذْنِ مالكِه على وَجْهٍ يتعَلَّقُ به الضَّمَانُ، يدلُّ عليه: مَن منَعَ رَجُلًا مِن دخولِ دارِه، ولم يُمَكِّنْهُ مِن أَخْذِ [٣/٦٧و] مالِه، لم يَكُنْ غاصبًا بذلك؛ لعدمِ المعنىٰ الذي ذكَرْنَاه، وإن كان حالَ بَيْنَهُ وبينَ مالِه، وبمثلِه: لو نقلَ مالَه عن موضعِه صار غاصبًا»(١).

وقال بعضُ أصحابِنا: إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بغيرِ إِذْنِه علىٰ وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ فواتَ يدِ المالكِ.

وقال الشيخُ أبو الحسينِ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ»(٢): «حقيقةُ الغَصْبِ: أَخْذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إِذْنِه فما وُجِدَتْ فيه هذه الصفةُ؛ كان غاصبًا، وما وُجِدَ بخلافِها؛ فليس بغصبٍ؛ لأنه إذا أخَذ مالَ الغيرِ بإِذْنِه؛ فهو مُودَعٌ، أوْ مستعيرٌ، أو مُرْتَهِنٌ، أوْ مُبتاعٌ، وقد يَدْخُلُ في حُكْمِ الغَصْبِ ما ليس بغَصْبٍ إنْ ساواه في حُكْمِه، مِثْلُ جحودِ الوَدِيعَةِ؛ لأن الجُحُودَ ليس بتناولٍ ولا نَقْلٍ.

والغَصْبُ علىٰ ضربَيْن:

أحدُهما: ما يتعَلَّقُ به المأثَم، وهو ما وقع عن العلمِ.

والثاني: لا يتعَلَّقُ به المأثمُ، وهو ما وقع [٧/٥٥و/م] معَ الجهلِ، كمنْ أتلفَ مالَ غيرِه، وهو يَظُنُّ أنه له، والضَّمَانُ يتعَلَّقُ بهما جميعًا؛ لأن أسبابَ الضَّمَانِ يَجُوزُ أنْ يتَّفِقَ فيها ما يتعَلَّقُ به المأثَمُ، وما لا يتعَلَّقُ به المأثَمُ.

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٨٦/١].

(٢) من هنا النقل من «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٠/ داماد].

....

وأمَّا المأثَمُ: فلا يَحصُلُ إلَّا معَ القصدِ؛ لقولِه ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ»[١]، معناه: رُفِعَ مأثَمُ الخطأِ.

والغَصْبُ مُحَرَّم بالعقلِ، لِمَا فيه مِن إدخالِ الضررِ على الغيرِ، وقد ورَد [الشَّرْعُ][٢] بتأكيدِ ما اقتضاه العقلُ مِن التحريمِ، قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال تعالىٰ عزَّ مَن قائلٍ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وقال ﷺ: «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ حُرْمَةُ دَمِهِ»[٣].

وقال ﷺ: «دِمَاؤُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِي هَذَا فِي شَهْرِي هَذَا»[٤]. يعني: المُحَرَّمُ.

وقال ﷺ: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ؛ طَوَّقَهُ اللهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) أخرجه: أحمد في «المسند» [١/٤٤٦]، وأبو يعلىٰ في «مسنده» [٩/٥٥]، البزار في «مسنده» [٥/١١٧]، والدارقطني في «سننه» [٣/٢٦]، من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ به.
قال الهيثمي: «رواه البزار وأبو يعلىٰ وفيه محمد بن دينار وثَّقه ابنُ حبان وجماعة، وقد ضعَّفه جماعة، وبقية رجال أبي يعلىٰ ثقات». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٤/٢٦٧].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب العلم/ باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب [رقم/ ١٠٥]، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال [رقم/ ١٦٧٩]، من حديث أَبِي بَكْرَةَ ﷺ بلفظ: «فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ، عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا...». لفظ البخاري.

. . . .

أَرَضِينَ»(١)»(٢).

وقال صاحبُ «التحفة»: «حَدُّ الغَصْبِ المُوجِبِ للضَّمَانِ: هو إزالةُ يدِ المالكِ، أوْ صاحبُ اليدِ عن المالِ بفِعْلٍ في العينِ علىٰ وَجْهِ التعدِّي، وأمَّا إثباتُ اليدِ علىٰ مالِ الغيرِ علىٰ وَجْهِ التعدِّي بدونِ إزالةِ اليدِ: يَكُونُ غَصْبًا مُوجِبًا للرَّدِّ، لا مُوجبًا للضَّمَانِ، وهذا عندَنا.

وعند الشَّافعيِّ ﷺ: حَدُّه إثباتُ اليدِ علىٰ وَجْهِ التعَدِّي(٣)، ولهذا قُلنا: إن مَن سكَنَ دارَ غيرِه بغيرِ إِذْنِه؛ يَكُونُ غَصْبًا مُوجبًا للرَّدِّ، ولكن لا يَكُونُ مُوجِبًا للضَّمَانِ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ، وعلىٰ قولِ محمَّدٍ والشَّافعيِّ ﷺ: يَجِبُ الضَّمَانُ لو خَرِبَتِ الدارُ أو غرقَ العَقَارُ، والمسألةُ معروفةٌ.

ولو استخدم مملوكَ رَجُلٍ بغيرِ إِذْنِه، أوْ بعثَه في حاجةٍ، أو ركبَ دابَّةً له، أو حَمَلَ عليها [شيئًا](٤) فهلكَتْ؛ فهو ضامنٌ لِمَا قلنا، وإنْ(٥) لم يَنْقُلْ شيئًا ممَّا يَحْتَمِلُ النقْلُ، كما إذا جلسَ علىٰ بساطِ الغيرِ؛ لا يَضْمَنُ.

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب المظالم/ باب إثم من ظلم شيئا من الأرض [رقم/ ٢٣٢٠]، ومسلم في كتاب المساقاة/ باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها [رقم/ ١٦١٠]، من حديث سَعِيدِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ نُفَيْلٍ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ اقْتَطَعَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا؛ طَوَّقَهُ اللهُ إِيَّاهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ». لفظ البخاري.

(٢) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٠/ داماد].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٣٣/٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣٨١/٣]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٣].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٥) وقع بالأصل: «وإنما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا مِمَّا لَهُ مِثْلٌ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، فَهلكَ فِي يَدِهِ؛ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ[1]، وَلَا تَفَاوُت بَيْنَهُمَا، وَهَذَا؛

غاية البيان

ولهذا قلنا: إن زوائدَ الغَصْبِ ـ مُتَّصلةً كانت أو منفصلةً ـ مِن الولدِ، واللبَنِ، والصُّوفِ، والسَّمْنِ، لا تَكُونُ مَضْمُونَةً خلافًا للشَّافعيِّ [٣/٦٧ظ] ﷺ[2]؛ لعدمِ إزالةِ اليدِ، ولو جاء المالكُ[3] وطلَب الزوائدَ، فمَنَعها عن التَّسْليمِ؛ يَضْمَنُ بالإجماعِ»[4].

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ [شَيْئًا][5] مِمَّا لَهُ مِثْلٌ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ؛ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ)، أي: قال في «مختصر القُدُورِيِّ»[6].

(وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: «فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ[7]»)، أي: وفي بعضِ نُسَخِ «مختصر

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: ضمان مثله».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/١٥٠]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٩٨، ١٩٩]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٢٧].

(٣) وقع بالأصل: «المِلْك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاءُ الدِّين السمرقندي [٣/٨٩ ـ ٩٠].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٦) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٢٩].

(٧) في «ج»: «فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ مِثْلُه». وهذا اللفظ هو الذي وقع في بعض نُسَخ «مختصر القُدُورِيّ» كما أشار إليه الكادُورِيُّ في «جامع المُضْمرات في شَرْح مختصر القُدُورِيّ» [١/ق ٢٩٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٧)].
أما اللفظ الأول: «فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ»: فهو لفْظ المطبوع مِن: «مختصر القُدُورِيّ»، وهو الثابت في عدة نُسَخ خَطِّية أيضًا، منها: [ق١٠٤/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق٧٢/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق٥٩/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق٤٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].
وعليه شَرَح جماعةٌ مِن الأئمة. منهم: خُوَاهَرْ زَادَه في «شَرْح مختصر القُدُورِيّ» [ق ١١١/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وأبو نَصْر الأَقْطَع في «شَرْح مختصر القُدُورِيّ» [١/ق٢٢٦/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة /رقم الحفظ: (٥٧)]. وبهاءُ الدِّين=

لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْمِثْلُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ؛ وَلِأَنَّ الْمِثْلَ أَعْدَلُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاعَاةِ الْجِنْسِ وَالْمَالِيَّةِ فَكَانَ أَدْفَعَ لِلضَّرَرِ . .

غاية البيان

القُدُوريِّ» ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «فعليه ضمانٌ مِثْلُه»[1] ، أي: ضمانٌ هو مِثْلُه ، ويَجُوزُ أَنْ يُرْوَىٰ بإضافةِ (ضَمَانٌ) إلىٰ (مِثْلُه) ، ولا تفاوُتَ في العبارةِ.

والأصلُ في إيجابِ المِثْلِ: قولُه تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

بيانُه: أن اللهَ تعالىٰ أوجبَ المِثْلَ في ضمانِ العدوانِ جَبْرًا لِحَقِّ المُسْتَحِقِّ ، ثم المِثْلُ لَحِقَه [٧/٥٥ظ/م] ، إمَّا هو مِثْلُه صورةً ومَعْنًىٰ ، وهو المِثْلُ الكاملُ ، كَالحِنْطَةِ للحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ للشَّعِيرِ ؛ لأن حقَّه في الصورةِ والمعنىٰ جميعًا ، والمعنىٰ هو الماليَّةُ ، فيُصارُ إلىٰ المِثْلِ الكاملِ عندَ الإمكانِ ؛ صيانةً لحَقِّ المُسْتَحِقِّ ، ولا مُعْتَبَرَ بالجَوْدةِ والرداءةِ ؛ لأن ذلك ساقطٌ في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.

وإمَّا هو مِثْلُه معنًىٰ لا صورةً ، كما في ذواتِ القِيَمِ ، وهي التي تتفاوَتُ آحادُه ، يَجِبُ فيها القِيمَةُ ؛ لعدمِ إمكانِ إيجابِ الصورةِ للتفاوُتِ ، فقام المُمَاثَلَةُ بالمعنىٰ مقامَ المُمَاثَلَةِ صورةً ومَعْنًىٰ ؛ للعجزِ عن الصورةِ ، والقدرةِ علىٰ المعنىٰ ؛ لأنه فاتتِ

= الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرح مختصر القُدُورِيّ» [ق ١١٦/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. والزاهِدِيُّ في: «المجْتَبَىٰ في شرح القُدوريّ» [ق ٢١١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]. وحسامُ الدين الرازِيّ في «خلاصة الدلائل/ شرح مختصر القُدُورِيّ» [٥٤٦/١] ، والحدَّادِيّ في: «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيّ» [٣٣٩/١] ، والميدانِيّ في: «اللباب في شرح الكتاب» [١٨٨/٢] ، وغيرهم.

(١) وهذا اللفظ: هو الذي شرَحَ عليه الكادُورِيُّ في «جامع المُضْمرات في شرح مختصر القُدُورِيّ» [١/ق ٢٩٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٧)].

. . . .

الصورةُ وبَقِيَ المعنى.

قال الشيخُ أبو الحسين القُدُورِيُّ ﷺ في شرحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»: «فأمَّا إنْ كان المَغْصُوبُ هالكًا؛ فهو على ضربيْنِ: إن كان ممَّا له مِثْلٌ، مِثْلُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ والمَعْدُودِ الذي لا يتفاوَتُ، فعلى الغَاصِبِ مِثْلُه.

وقال نُفَاةُ القياسِ: عليه قيمتُه.

لنا: أن المِثْلَ في المَكِيلَاتِ والمَوْزُونَاتِ أعدلُ مِن القِيمَةِ، والتفاوُتُ فيه أقلُّ مِن التفاوُتِ فيها، والواجبُ أن يُقْضَى بما هو الأعدلُ، ولأنه قد أمْكَنَ رَدُّ الماليَّةِ والجنسِ، وللمالكِ حقٌّ فيهما، فكان ذلك أَوْلَى مِن تفْوِيتِ أحدِهما وتحصيلِ الآخَرِ.

وأمَّا المَعْدُودَاتُ التي [لا][1] **تتفاوَتُ**: كالجَوْزِ والبَيْضِ، فعلى مُسْتهلِكِها[2] مِثْلُها عندَنا، وقال زُفَرُ ﷺ: قيمتُها، وهذا فرْعٌ على جوازِ السَّلَمِ فيها، وقد بيَّنَّاه في البيوعِ.

فأمَّا إذا كان المَغْصُوبُ ممَّا لا مِثْلَ له، فإن الواجبَ فيه القِيمَةُ، وقال أهلُ المدينةِ: المِثْلُ.

ولنا: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قضى في عِتْق عبْدٍ بينَ شريكَيْنِ بقيمةِ نصيبِ الذي لَمْ يَعْتِقْ[3]، فصار ذلك أصلًا في إتلافِ كلِّ ما لا مِثْلَ له، ولأن القِيمَةَ في الأعيانِ المختلفةِ المُتَفَاوِتَةِ أعدَلُ مِن المِثْلِ، أَلَا تَرَى أنه لا يَكَادُ يَتَفِقُ عيْنانِ على صفةٍ[4] واحدةٍ، فالواجبُ القضاءُ بما هو الأعدلُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «مستهلكا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) مضى تخريجه بألفاظ شتى في باب (العَبْدِ يَعْتِق بَعْضُهُ).

(٤) وقع بالأصل: «على صفقة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

....

فأمَّا قولُ اللهِ ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] - فإن المِثْلَ قد يُعَبَّرُ به عمَّا قام به مقامَ الشيءِ، وإنْ لم يَكُنْ مِثْلًا في الحقيقةِ، قال عزَّ مَن قائلٍ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]. ومعلومٌ أن السيئةَ الأُولَىٰ معصيةٌ، والثانيةَ عُقُوبةٌ، وليست مِثْلًا لها في [٣/٦٨و] الحقيقةِ»[(١)].

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ ﵀: «ما رُوِيَ مِن تضمينِ القَصْعَةِ بالقصعةِ في حديثِ عَائِشَةَ ﵂، فمحمولٌ علىٰ التبرُّعِ أو الصلحِ، لا أصلًا».

أراد به: ما ذكرَ أبو داودَ في «السنن»، قُبَيْلَ كتابِ الأقضيةِ: بإسنادِهِ إلىٰ حُمَيْدٍ عن أَنَسٍ ﵁: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَىٰ أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمِهَا قَصْعَةً فِيهَا طَعَامٌ، قَالَ: فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتِ [٧/٥٦و/م] الْقَصْعَةَ، فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ الْكِسْرَتَيْنِ، فَضَمَّ إِحْدَاهُمَا إِلَىٰ الْأُخْرَىٰ، فَجَعَلَ يَجْمَعُ فِيهَا الطَّعَامَ، وَيَقُولُ: «غَارَتْ أُمُّكُمْ كُلُوا». فَأَكَلُوا حَتَّىٰ جَاءَتْ قَصْعَتُهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَحَبَسَ الْقَصْعَةَ وَالرَّسُولَ حَتَّىٰ فَرَغُوا، فَدَفَعَ الْقَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ إِلَىٰ الرَّسُولِ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ»[(٢)].

ورَوَىٰ صاحبُ «السنن» أيضًا: بإسناده إلىٰ عَائِشَةَ ﵂ قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ صَانِعَ طَعَامٍ مِثْلَ صَفِيَّةَ، صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ طَعَامًا فَبَعَثَتْ بِهِ، فَأَخَذَنِي أَفْكَلٌ[(٣)]،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٠/ داماد].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب المظالم/ باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره [رقم/ ٢٣٤٩]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله [رقم/٣٥٦٧]، والترمذي في كتاب الأحكام/ ب من جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر [رقم/ ١٣٥٩]، من حديث حُمَيْدٍ عن أَنَسٍ ﵁ به.

(٣) الأَفْكَل: الرِّعْدَة مِنْ بَرْد أَوْ خَوْف. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١/٥٦ /مادة: أفكل].

. . . .

فَكَسَرْتُ الْإِنَاءَ، فقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ؟ فَقَالَ: «**إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ**»[١].

وما رُوِيَ عن شُرَيْحٍ ﵀ مِن قولِه: «مَنْ كَسَرَ عَصًا لِأَخِيهِ فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا»[٢].

فالمراد منه: المِثْل الذي هو القِيمَة، بدليل ما رَوَىٰ الحاكمُ عن شُرَيْح ﵀: أَنَّهُ قَالَ: «فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا»[٣]. كذا ذكره القُدُورِيُّ ﵀[٤].

وما رُوِيَ في أول كتاب الغَصْب: أَن[٥] أَعْرَابِيًّا أَتَىٰ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ ﵁، فَقَالَ: إِنَّ بَنِي عَمِّكَ عَدَوْا عَلَىٰ إِبِلِي فَقَطَعُوا أَلْبَانَهَا، وَأَكَلُوا فُصْلَانَهَا، فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ: إِذَنْ نُعْطِيكَ إِبِلًا مِثْلَ إِبِلِكَ، وَفُصْلَانًا مِثْلَ فُصْلَانِكَ»[٦]. فهو محمول علىٰ التبرُّع؛ بدليلِ أَنَّ عُثْمَانَ لم يَسْأَلِ الأعرابيَّ البَيِّنَةَ علىٰ ذلك، وما يُدْفَعُ علىٰ طريقِ التبرُّعِ ليس مِن الواجبِ في شيءٍ، أوْ كان ذلك بطريقِ الصلحِ؛ لأن جِنَايَةَ بَنِي الأعمامِ لا تُوجِبُ الضَّمَانَ علىٰ عُثْمَانَ، وإنما فعَلَ عُثْمَانُ ذلك تَكَرُّمًا.

---

(١) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله [رقم/ ٣٥٦٨]، والنسائي في كتاب عشرة النساء/ باب الغيرة [رقم/ ٣٩٥٧]، وأحمد في «المسند» [٦/١٤٨]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٩٦]، من حديث عَائِشَة ﵂ به.

قال الخطابِيُّ: «في إسناد الحديث مقال». ينظر: «معالم السنن» للخطابي [٣/١٧٨].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٢/١١٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن شُرَيْح ﵀ بلفظ: «مَنْ كَسَرَ عَصًا فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا».

(٣) هذا لفظ رواية محمد بن الحسن كما مضىٰ.

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٠/ داماد].

(٥) وقع بالأصل: «أنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ». و«فا٣».

(٦) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٢/١١٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عُثْمَانَ بْن عَفَّانَ ﵁ به.

. . . .

وجملةُ الكلامِ هنا: ما قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[1]: «إن المَغْصُوبَ لا يَخْلُو: إمَّا أن يَكُونَ غيرُ منقولٍ؛ كالحانوتِ، والدارِ، والأرضِ، والكَرْمِ وغيرِها، أوْ يَكُونُ منقولًا، والمنقولُ لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ مِثليًّا؛ كالكَيْلِيِّ، والوَزْنِيِّ الذي ليس في تبْعِيضِه مَضَرَّةٌ. يعني: غيرُ المَصُوغِ منه، والعَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ؛ كالجَوْزِ، والبَيْضِ، والفلوسِ وما أشبَه ذلك مِن العَدَدِيِّ الذي لا يتفاوَتُ، وإمَّا أن يَكُونُ غيرَ مِثْلِيٍّ كالحيواناتِ، والذَّرْعِيَّاتِ، والعَدَدِيِّ المُتَفاوُتِ؛ كالبِطِّيخِ والرُّمَّانِ، والوَزْنِيِّ الذي في تبْعِيضِه مَضَرَّةٌ، وهو المَصُوغُ منه.

أمَّا إذا كان المَغْصُوبُ غيرَ منقولٍ؛ كالدارِ، والعَقَارِ، والحَوَانِيتِ، فانهدمَتْ بآفةٍ سماويَّةٍ، أوْ جاء سَيْلٌ فذهب بالبناءِ، أو الأشجارِ، أو غلَبَ السيْلُ علىٰ الأرضِ، فَبَقِيَتْ تحتَ الماءِ؛ فإنه لا ضمانَ عليه في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄، وعندَ محمَّدٍ ﵀ [٣/٦٨ظ] ـ وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ وقولُ الشَّافعيِّ ﵀ ـ: يَضْمَنُ[2].

وأجمَعُوا أنها إذا تَلِفَتْ مِن سُكْناهُ ضَمِن؛ لأنها تَلِفَتْ بصُنْعِه [٧/٥٦ظ/م]، فصار كما إذا أتلَفه بالهَدْمِ وغيرِه، وكذلك إذا قلَعَ الأشجارَ يَضْمَن ما قلَعَ وقَطَعَ بالإجماعِ.

ولو هدَمَه رَجُلٌ آخرُ وقلَع شَجَرَه؛ فإنَّ للمالكِ أنْ يُضَمِّنَ الهادِمَ دونَ الغَاصِبِ، عندَهما.

وعندَ محمَّدٍ ﵀: له الخيارُ، إنْ شاء ضَمَّن الهادمَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ الغَاصِبَ، ويَرْجِعُ الغَاصِبُ بما ضَمِن علىٰ الهادمِ، وكذلك الغَاصِبُ لو زرَعَ في الأرضِ المَغْصُوبَةِ، فالخارجُ له، ويَضْمَنُ نُقْصَانَ الأرضِ بالإجماعِ.

---

(١) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٩٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٥/١٦]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥/١٧٨].

....

غاية البيان

وأمَّا إذا كان المَغْصُوبُ منقولًا فهلَكَ في يدِ الغَاصِبِ، أو استهلَكَهُ الغَاصِبُ، فإنه يُنظَرُ: إن كان المَغْصُوبُ مِثليًّا؛ وجَبَ على الغَاصِبِ مِثلِه، وإنْ كان غيرَ مِثْلِيٍّ؛ وجَبَتْ عليه قيمتُه يومَ الغَصْبِ، ولوِ استهلَكَه غيرُ الغَاصِبِ في يدِ الغَاصِبِ[1]؛ فإن المَغْصُوبَ منه بالخيارِ: إنْ شاء ضمَّن الغَاصِبَ، ويَرْجِعُ الغَاصِبُ بما ضَمِن على المُسْتهلِكِ، وإنْ شاء ضَمَّن المُسْتهلكَ، ولا يَرْجِعُ على الغَاصِبِ.

ولو غصبَ مِن الغَاصِبِ غَاصِبٌ آخَرُ، فهلَكَ في يدِ الثاني، أو استهلَكه؛ فإن المَغْصُوبَ منه الأوَّلَ بالخيارِ، وإنما يَسْتَقِرُّ [منه][2] حاصلُ الضمانِ على الثاني، فلو أودَعه عندَ[3] رَجُلٍ، وهلَكَ عندَ المُودَعِ؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ ولا يَرْجِعُ على المُودَعِ، وإن شاء ضمَّنَ المُودَعَ، ويَرْجِعُ المُودَعُ على الغَاصِبِ بما ضَمِن.

فلوِ استهلَكه المُودَعُ: فالجوابُ على ضِدِّ ذلك، ويَسْتَقِرُّ حاصلُ الضَّمَانِ على المُودَعِ، وكذلك لو آجَرَهُ الغَاصِبُ أوْ رَهَنه فهلَكَ؛ كان للمَغْصُوبِ منه أنْ يُضَمِّنَ أيَّهما شاء، فإنْ ضمَّنَ الغَاصِبَ لم يَرْجِعْ على المُسْتأجِرِ أو المُرْتهِنِ، ولكن يَسْقُط دَيْنُه بهلاكِ الرَّهْنِ في يدِ المُرْتهِنِ، وإنْ ضمَّنَ المُرْتَهنَ، أوِ المستأجرَ؛ يَرْجِعُ على الغَاصِبِ بما ضَمِن إلا إذا استهلَكه، فلا يَرْجِعُ به على أحدٍ.

(١) وقع بالأصل: «الغائب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق ١٢٩/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وليست ثابتة في النسخة الخطية المشار إليها مِن «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ.

(٣) وقع بالأصل: «عنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق ١٢٩/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

....

ولو أعارَه الغَاصِبُ فهلَك عندَه؛ كان المَغْصُوبُ منه بالخيارِ علىٰ ما ذَكَرْنا، وأيّهما ضَمِن لا يَرْجِعُ علىٰ صاحبِه، ولو استهلَك المُسْتَعِيرُ يَسْتَقِرُّ حاصلُ الضَّمَانِ علىٰ المُسْتَعِيرِ، ولو باعه الغَاصِبُ؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ يُضَمِّنُ أيَّهما شاء، فإنْ ضَمَّنَ الغَاصِبَ؛ جاز البَيْعُ[1] والثمنُ له، وإنْ ضمَّنَ المُشْتَرِي؛ رجَعَ المُشْتَرِي بالثمنِ علىٰ البَائعِ، وبَطَلَ البَيْعُ، فلا يَرْجِعُ بما ضَمِن عليه.

ولو نقَصَ المَغْصُوبُ في يدِ الغَاصِبِ؛ ضَمِن الغَاصِبُ النُّقْصَانَ، ويَرُدُّه علىٰ المَغْصُوبِ منه معَ ضمانِ النُّقْصَانِ، إلا أن يَكُونَ النُّقْصَانُ بجنايةِ غيرِ الغَاصِبِ، فالمالكُ بالخيارِ في ضمانِ النُّقْصَانِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ، ويَرْجِعُ الغَاصِبُ علىٰ الجاني، وإن شاء ضمَّن الجانِيَ، ولا يَرْجِعُ الجاني علىٰ الغَاصِبِ.

ولو ازداد المَغْصُوبُ في يدِ الغَاصِبِ؛ فلصاحبِه أنْ يَسْتَرِدَّه مَعَ الزِّيَادَةِ [٥٧/٧و/م]؛ لأنه نماءُ ما ملَكَه، ونماءُ المِلْكِ لمالِكِه، ولو اغتصبَ مِن رَجُلٍ جاريةً، أو غلامًا قيمتُه ألفُ درهمٍ، فازدادَتْ قيمَتُه [في][2] شَعْرٍ، أوْ بدَنٍ، أو انتقصَتْ، ثم هلَك عندَه؛ ضَمِنَ قيمتَه وَقْتَ الغَصْبِ بالإجماعِ، ولو لم يَهْلِكْ ورَدَّه علىٰ صاحبِه؛ فإنه يُنْظَرُ، إن كان النُّقْصَانُ في البدنِ؛ ضمِن قِيمَةَ النُّقْصَانِ، وإن كان النُّقْصَانُ في الشعرِ؛ فلا يَضْمَنُ، فلو استهلَكه بعدَ النُّقْصَانِ ضَمِن قيمتَه وَقْتَ الغَصْبِ.

ولو استهلَكه بعدَ [٦٩/٣و] الزِّيَادَةِ، نحوُ أنْ يَبِيعَه[3] ويُسَلِّمُه إلىٰ المُشْتَرِي،

---

(١) وقع بالأصل: «المبيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق ١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٣) وقع بالأصل: «يجوز بيعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق ١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ مِثْلِهِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُون وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

هلك في يدِ المُشْتَرِي؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ قيمتَه وَقْتَ الغَصْبِ، وجاز البَيْعُ والثمنُ للغَاصِبِ، وإنْ شاء ضمَّنَ المُشْتَرِيَ قيمتَه وَقْتَ قبضٍ وبَطَلَ البَيْعُ، ويَرْجعُ المُشْتَرِي على الغَاصِبِ بالثمنِ.

وليس له أنْ يُضمِّنَ الغَاصِبَ قيمتَه وَقْتَ التَّسْلِيمِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁.

وعندَهما: له أنْ يُضمِّنَ قيمتَه وَقْتَ التَّسْلِيمِ إنْ شاء.

ولو قتَلَهُ الغَاصِبُ خطأً بعدَما ازدادَتْ قيمتُه؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ بالإجماعِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ قيمتَه وَقْتَ الغَصْبِ حالًا، وإنْ شاء ضمَّنَ عاقلةَ الغَاصِبِ القاتلِ قيمتَه وَقْتَ القتلِ زائدةً في ثلاثِ سنينَ.

ولو كان المَغْصُوبُ حيوانًا سوىٰ بَنِي آدمَ، فقتَلَه الغَاصِبُ بعد الزِّيَادَة؛ فعندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁: لا يَضْمَنُ إلا قيمتَه وَقْتَ الغَصْبِ؛ لأن ضمانَ غيرِ بَنِي آدمَ لا تَتَحَمَّلُه العاقلةُ، فهو كاستهلاكِ الأموالِ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**[2]» ﵀.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ مِثْلِهِ؛ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ يَخْتَصِمُونَ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﵁ قال: كلُّ شيءٍ غُصِبَ ممَّا يُكالُ أوْ يُوزَنُ، فلم يَقْدِرْ على مِثْلِه، فخُوصِمَ فيه؛ فعليه قيمتُه يومَ يَخْتَصِمُونَ، وإن كان ممَّا لا يُكالُ ولا يُوزَنُ؛ فعليه قيمتُه يومَ غَصَبِه»[3]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «**الجامع الصغير**». ولم يَذْكُرِ الخلافَ فيه كما تَرَىٰ.

---

(١) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٣].

(٢) وقع بالأصل: «لفظ الطَّحَاوِيِّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٣٥ - ٣٣٦].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَوْمُ الْغَصْبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَوْمُ الِانْقِطَاعِ لِأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ لَمَّا انْقَطَعَ الْتَحَقَ بِمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْعِقَادِ السَّبَبِ إِذْ هُوَ

غاية البيان

فَعُلِمَ بهذا: أن المِثْلِيَّ إذا انْقَطَع؛ يَجِبُ على الغَاصِبِ القِيمَةُ يومَ الخصومةِ باتِّفاقِ علمائِنا الثلاثةِ في ظاهرِ الروايةِ.

ولهذا قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «ورُوِيَ عن أبي يوسفَ ﷺ: أن عليه قيمَتَه يومَ الغَصْبِ، ورُوِيَ عن محمَّدٍ ﷺ: أن عليه قيمَتَهُ يومَ الانقطاعِ، وهو مذهبُ زُفَرَ ﷺ، وإن كان الشيءُ ممَّا لا يُكالُ ولا يُوزَنُ؛ فعليه قيمتُه يومَ الغَصْبِ في قولِ علمائِنا ﷺ، وفي قولِ الشَّافعيِّ ﷺ: عليه أكثرُ القيمتَيْنِ يومَ الغَصْبِ ويومَ الهلاكِ[1]؛ لأن[2] مِن أصْلِه: أن زيادةَ الغَصْبِ مَضْمُونَةٌ». إلى هنا لفْظُ الفقيهِ ﷺ. وإنما الاختلافُ مذكورٌ في «النوادر». كذا قال فخرُ الإسلامِ [البَزْدَوِيُّ][3] ﷺ في «شرح الجامع الصغير»[4].

وقال [٧/٥٧ظ/م] في كتابِ «التفريع» لأصحابِ مالكٍ: «ومَن غَصَبَ أرضًا أو حيوانًا فتلِفَ عندَه؛ ضَمِن قيمتَه يومَ غَصَبِه، لا يومَ تَلِفَ، ولا أكثرَ القِيمتَيْنِ، ومَن غَصَبَ شيئًا مِن المِثْلياتِ والمَوْزُونَاتِ، فتلِفَ عندَه؛ وجَبَ عليه رَدُّ مِثْلِه، ولا يَلْزَمُهُ قيمَتُهُ يومَ غَصَبِه، إلَّا أن[5] لا يَجِدَ مِثْلَهُ، فيَغْرَمُ قيمتَه يومَ غَصَبَه»[6]. إلى هنا

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٩٦، ٢٩٧]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٥/٤٣٠]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥/١٨٥].

(٢) وقع بالأصل: «إلى أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٤) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٨٤] مخطوط مكتبة جار الله.

(٥) وقع بالأصل: «إلى أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «التفريع» لابن الجلاب.

(٦) ينظر: «التفريع» لابن الجلاب [٢/٢٩٨].

الْمُوجِبُ. وَلِمُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّ [١٥٠/و] الْوَاجِبَ الْمِثْلُ فِي الذِّمَّةِ. وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْقِيمَةِ بِالِانْقِطَاعِ، فَيُعْتَبَر قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْقِطَاعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ النَّقْلَ لَا

غاية البيان

لفظُ «التفريع».

قيل في تفسيرِ الانقطاعِ: ألَّا يوجدَ في السوقِ، وإنْ كان يُوجَدُ في البيوتِ، ولكنَّ الأصحَّ أن يَكُونَ الشيءُ بحيثُ يُوجَدُ في زمانٍ خاصٍّ، فمَضىٰ زمانُه [٦٩/٣ظ] كَالرُّطَبِ مثلًا.

والدليلُ علىٰ هذا: ما ذكَره الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وغصْبُ ما يُوجَدُ في زمانٍ دُونَ زمانٍ، فإذا غَصَبه غَاصِبٌ في حِينِه، ثم اختَصما في حالِ انقطاعِه وعدَمِه؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ قال: يُحْكَمُ علىٰ الغَاصِبِ بقيمَتِه يومَ يَخْتَصِمُونَ، وقال يَعْقُوبُ ﷺ: يومَ غَصَبِه، وقال محمَّدٌ ﷺ: [يُحْكَمُ][1] بقيمَتِه عندَ آخرِ انقطاعِه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ في «مختصره».

ويَدُلُّ عليه: ما ذكَره في «شرح الطَّحَاوِيِّ» أيضًا قال: «ومَن أتلَف شيئًا لرَجُلٍ ممَّا له مِثْلٌ مِن جنسِه، ثم انقطَع ذلك مِن أيدِي الناسِ، وصار مِثْلُه غيرَ موجودٍ بثمنٍ غالٍ، ولا بثمنٍ رخيصٍ، فصاحبُ المالِ بالخيارِ: إن شاء انْتَظَر إلىٰ وجودِ مِثْلِه، فيَأْخُذُ المِثْلَ، وإن شاء لم يتربَّصْ وأَخَذ القِيمَةَ.

واختَلَفُوا فيه علىٰ ثلاثةِ أقوالٍ: قال أبو حَنِيفَةَ ﷺ: يُعْتَبَرُ قيمتُه يومَ الخصومةِ.

وقال أبو يوسفَ ﷺ: يَضْمَنُ قيمَتَهُ وَقْتَ الاستهلاكِ أَوْ وَقْتَ الغَصْبِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكَرْخِيِّ/ بشرح القُدُورِيِّ» [٣/ق ٢٢٦/أ/ مخطوط مكتبة رضا برامبور ـ الهند/ مصورة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١١/ داماد].

يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ، وَلِهَذَا لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ جِنْسُهُ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ وَالْقَضَاءِ بِخِلَافِ مَا لَا مِثْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ

غاية البيان

وقال محمَّدٌ رحمه الله: يَغْرَمُ قيمتَه آخرَ ما كان موجودًا، وبه أخذَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله»[1]. إلى هنا لفظُ الأَسْبِيْجَابيِّ رحمه الله.

وَجهُ قولِ محمَّدٍ رحمه الله: أن المِثْلِيَّ إذا انقطَع عن أيدي الناسِ؛ صار بالانقطاعِ، كما لا مِثْلَ له مِن حيثُ عدمُ القُدرةِ على الإتيانِ بمِثْله، فوَجَبَ القِيمَةُ ولكن يومَ الانقطاعِ؛ لأنَّ ذلك الغَصْبَ لم يَكُنْ مُوجِبًا للقِيمَةِ زمانَ الغَصْبِ؛ لأن المَغْصُوبَ مِثْلِيٌّ، فكان الرَّدُّ واجبًا عليه لمِثْله حينَئذٍ، وإنما انتقَل الحُكْمُ مِن رَدِّ العينِ إلى القِيمَةِ زمانِ الانقطاعِ، فتُعْتَبرُ قيمتُه يومَ الانقطاعِ؛ لأن الغَصْبَ صار الآنَ مُوجِبًا للقِيمَةِ.

وَوجْهُ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: أنه لَمَّا انْقَطَع المِثْلِيُّ؛ صار كما لا مِثْلَ له، وفيما لا مِثْلَ له يَجِبُ القِيمَةُ يومَ الغَصْبِ، فكذا هنا، وهذا لأنَّ السببَ المُوجِبَ للضَّمَانِ هو الغَصْبُ، مِثْليًّا كان المَغْصُوبُ أَوْ غيرَ مِثْلِيٍّ، فيُعْتَبرُ زمانُ انعقادِ السببِ وهو يومُ الغَصْبِ.

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن حقَّ[2] المَغْصُوبِ منه زمانُ انعقادِ السببِ في المِثْلِ لا في القِيمَةِ، وإنما يَنْتَقِلُ إلى القِيمَةِ لتعذُّرِ المِثْلِ، وبمجرَّدِ الانقطاعِ لا يَنْتَقِلُ الحقُّ عن المِثْلِ إلى القِيمَةِ، أَلَا تَرَىٰ أنه [٧/٥٨و/م] لو صبَر فجَاء أوانُه قبلَ أنْ يَقْضِيَ القاضي بِالقِيمَةِ، ثم اختَصَمُوا إليه؛ يَقْضِي بالمثلِ، فكان النقلُ إلى القِيمَةِ بالقضاءِ يومَ الخصومةِ، فتُعْتَبرُ القِيمَةُ يومَ الخصومةِ؛ لأنه زمانُ النقلِ كما في ولدِ المغرورِ أنه بمنزلةِ العبدِ في حقِّ المُسْتَحِقِّ، وهو أمانةٌ بمنزلةِ ولدِ المَغْصُوبَةِ، فإذا خاصَمه المُسْتَحِقُّ صار المغرورُ مانعًا له باعتبارِ حقِّه في الحُرِّيَّةِ، فاعْتُبِرَ الحقُّ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٤].

(٢) وقع بالأصل: «إذ حق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

مُطَالَبٌ بِالْقِيمَةِ بِأَصْلِ السَّبَبِ كَمَا وُجِدَ فَتُعْتَبَرِ قِيمَتُهُ عِنْدَ ذَلِكَ. قَالَ: وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصَبَهُ مَعْنَاهُ الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الْحَقِّ

مُنتقلًا عن العينِ إلى القِيمَةِ يومَ الخصومةِ، فكذا هنا.

بخلافِ غيرِ المِثْليِّ إذا هلَك، حيثُ تَجِبُ القِيمَةُ يومَ الغَصْبِ؛ لأنَّ [٣/٧٠و] المَغْصُوبَ يُضْمَنُ بِالقِيمَةِ عندَ وجودِ الغَصْبِ؛ لأنه لا يُمْكِنُ إيجابُ المِثْلِ، فاعْتُبِرَ زمانُ سببِ وجوبِ الضَّمَانِ، وهو يومُ الغَصْبِ، ونحن نَأْخُذُ بقولِ محمَّدٍ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصَبَهُ)، أي: قال في «**مختصر القُدُورِيِّ**»[1]، ولكن لم يَذْكُرْ فيه قولَه: (**يَوْمَ غَصَبَهُ**). وإنما ذكَره في «**الجامع الصغير**»، وصورتُه فيه: «وإن كان مما لا يُكالُ، ولا يُوزَنُ؛ فعليه قيمتُه يومَ غَصَبَه»[2]. وقد مَرَّ قبلَ هذا.

قال صاحبُ «الهداية»: (مَعْنَاهُ: الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ)، أي: معنى ما لا مِثْلَ له، وهذا تفسيرٌ عجيبٌ مِن صاحبِ «**الهداية**» ﷺ[3]؛ لأنه تفسيرُ الكُلِّيِّ بالجُزْئيِّ؛ لأن ما لا مِثْلَ له يَشْمَلُ الحيواناتِ، والذَّرْعِيَّاتِ، والعَدَدِيَّاتِ المُتَفَاوِتَةِ؛ كالبِطِّيخِ والرُّمَّانِ، والوَزْنِيِّ الذي في تبْعِيضِه مَضَرَّةٌ، وهو المَصُوغُ منه. وقد رويناه[4] قبلَ هذا عن «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» ﷺ»[5].

قال بعضُ الناسِ: فيما لا مِثْلَ له إذا لم يُمْكِنْ[6] رَدُّ عَيْنِه، يَجِبُ نظيرُه ذاتًا

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٢٩].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٣٥ - ٣٣٦].

(٣) ونقل العيني اعتراض الأتقاني على صاحب «الهداية» مقررًا له. ينظر: «البناية شرح الهداية» [١١/ ١٨٦].

(٤) وقع بالأصل: «روينا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٣].

(٦) وقع بالأصل: «يكن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

فِي الْجِنسِ فَيُرَاعَىٰ فِي الْمَالِيَّةِ وَحْدَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ. وَأَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالْمَكِيلِ حَتَّىٰ يَجِبَ رَدُّ مِثْلِهِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَفِي الْبُرِّ الْمَخْلُوطِ بِالشَّعِيرِ الْقِيمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا مِثْلَ لَهُ. قَالَ: وَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ مَعْنَاهُ مَا دَامَ

غاية البيان

وصفةً، وقد مَرَّ قبلَ هذا، وهو مذهبُ ابنِ سِيرِينَ ﷺ. كذا في «**شرح الكافي**»، وذلك لأن المُمَاثِلَ مِن حيثُ الصورةِ قد يَكُونُ بينَ الشيئَيْنِ وهما مختلفان في الماليَّةِ، فلا يَتحَقَّقُ الجَبْرُ، وكذا إذا اتَّفقا في الماليَّةِ يَخْتلِفَانِ في أغراضٍ أُخَرَ، فلا يَقَعُ الجَبْرُ أيضًا، فكان العدلُ في إيجابِ القِيمَةِ لِينتَفِعَ بها المَغْصُوبُ منه إن شاء، أو يَشْتَرِي بها ما شاء مِن النظائرِ ممَّا يُوافِقُه، فكان القولُ بإيجابِ القِيمَةِ، وفيها المُمَاثَلَةُ مِن حيثُ المعنىٰ أَوْلَىٰ، وقد مَرَّ البيانُ مرَّةً عندَ قولِه: (**وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا مِمَّا لَهُ مِثْلٌ**).

ثم المعتبرُ هو القِيمَةُ يومَ الغَصْبِ؛ لأنَّ المُوجِبَ للقِيمَةِ هو الغَصْبُ، فيُعْتَبرُ زمانُ الغَصْبِ.

قولُه: (**وَأَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ فَهُوَ كَالْمَكِيلِ حَتَّىٰ يَجِبَ رَدُّ مِثْلِهِ**)، وهذا مذهبُ علمائِنا الثلاثةِ ﷺ.

وعندَ زُفَرَ ﷺ: حتىٰ تَجِبَ القِيمَةُ، وقد مَرَّ قبلَ هذا.

والعَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ ما لا يَتفاوَتُ آحادُه في الماليَّةِ، كالجَوْزِ والبَيْضِ ونحوِ ذلك.

قولُه: (**وَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، يعني: هذا الذي ذَكَرْنا مِن تضمينِ المِثْلِ أو القِيمَةِ في المِثْلِيِّ، وغيرُ المِثْلِيِّ فيما إذا لم تَكُنِ العينُ قائمةً، أمَّا إذا كانت [٥٨/٧ظ/م] قائمةً: فيَجِبُ علىٰ الغَاصِبِ رَدُّ العينِ المَغْصُوبةِ؛ لِمَا رَوَىٰ أصحابُنا في كُتُبِهم عن النَّبِيِّ ﷺ: «**لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٢٩].

قِيَمًا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ» وَقَالَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، ....

غاية البيان

صَاحِبِه لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، فَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا صَاحِبِه فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ»[1].

وقال ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»[2].

وقال ﷺ: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[3].

وقال ﷺ: «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ حُرْمَةِ دَمِهِ[4]»[5]، ولأن حقَّ المالكِ في عينِ مالِه، فإذا قدَر الغَاصِبُ على ذلك؛ لَمْ يَجُزِ الرجوعُ إلى بدلِه إلا برضاه، ولأن المقصودَ [٣/٧٠ظ] إزالةُ الظُّلامَةِ، وذلك يَكُونُ برَدِّ العينِ ما دامَتْ باقيةً، فأمَّا دَفْعُ بدَلِها معَ المَقْدِرةِ عليها؛ فهو ظُلَامةٌ أُخرىٰ.

قولُه: (وَقَالَ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، فَإِنْ

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الأدب/ باب من يأخذ الشيء على المزاح [رقم/ ٥٠٠٣]، والترمذي في كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ/ باب ما جاء دماؤكم وأموالكم عليكم حرام [رقم/ ٢١٦٠]، وأحمد في «المسند» [٤/٢٢١]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/١٣٠٢]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/١٠٠]، من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ يَزِيدَ بْنِ السَّائِبِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ به.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب». وقال العيني: «إسناده حسن». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٣/٢٥٣].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل [رقم/ ٣٥٣١]، والنسائي في كتاب البيوع/ الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق [رقم/ ٤٦٨١]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب من سرق له شيء فوجده في يد رجل اشتراه [رقم/ ٢٣٣١]، وأحمد في «المسند» [٥/١٣]، والدارقطني في «سننه» [٣/٢٨]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٥١]، من حديث سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ ﷺ به. واللفظ لأبي داود.

(٤) وقع بالأصل: «حُرْمَةِ دِينِه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٥) مضىٰ تخريجه.

فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ» ؛ وَلِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ إِعَادَتُهَا بِالرَّدِّ

غاية البيان

أَخَذَهُ فَلْيَرُدَّهُ»[(١)])، وروَى في «الفائق» هذا الحديثُ بغيرِ حَرْفِ العطْفِ وحَرْفِ النفْيِ عن النبيِّ ﷺ: «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا جَادًّا»[(٢)].

قال صاحبُ «الفائق»: «هو ألَّا يريدَ بأخْذِه سَرِقتَه، ولكن إدخالَ الغيْظِ على أخيه، فهو لاعبٌ في مذْهبِ السرقةِ، جادٌّ في إدخالِ الأذَىٰ عليه، أوْ قاصدٌ للعبِ، وهو يُرِيه[(٣)] أنه يَجِدُّ في ذلك ليَغِيظَه. وفي حديثِ النبيِّ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا»[(٤)]، وعنه ﷺ: «إِذَا مَرَّ أَحَدُكُمْ بِالسِّهَامِ؛ فَلْيُمْسِكْ نِصَالَهَا»[(٥)]. وعنه ﷺ: «أَنَّهُ مَرَّ بِقَوْمٍ يَتَعَاطَوْنَ سَيْفًا؛ فَنَهَاهُمْ عَنْهُ»[(٦)]. ....

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) هذا لفْظ الطيالسِيّ والبيهقي. وقد سبَق تخريج الحديث آنفًا.

(٣) وقع بالأصل: «يريد». والمثبت من: «ن»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفائق في غريب الحديث».

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الأدب/ باب من يأخذ الشيء على المزاح [رقم/٥٠٠٤]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٤٩/١٠]، وأحمد في «المسند» [٣٦٢/٥]، من حديث عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَىٰ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَصْحَابُ مُحَمَّدٍ ﷺ به.
قال العراقي: «رواه أحمد والطبراني من حديث رجال من الصحابة بإسناد حسن». نقله عنه الزبيديُّ في «إتحاف السادة المتقين بشَرْح أسرار إحياء علوم الدين» [٢٥٥/٦]

(٥) أخرجه: البخاري في كتاب الفتن/ باب قول النبي ﷺ (من حمل علينا السلاح فليس منا) [رقم/ ٦٦٦٣]، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب/ باب أمر من مر بسلاح في مسجد أو سوق أو غيرهما من المواضع الجامعة للناس أن يمسك بنصالها [رقم/ ٢٦١٤]، من حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ: «أَنَّ رَجُلًا مَرَّ بِأَسْهُمٍ فِي الْمَسْجِدِ، قَدْ أَبْدَىٰ نُصُولَهَا، فَأُمِرَ أَنْ يَأْخُذَ بِنُصُولِهَا، كَيْ لَا يَخْدِشَ مُسْلِمًا». وفي الباب عن جماعة من الصحابة.

(٦) أخرجه: أحمد في «المسند» [٤١/٥]، وابن عدي في «الكامل» [٣٢٠/٦]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٣٢٣/٤]، من حديث أَبِي بَكْرَةَ ﷺ قَالَ: أَتَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَىٰ قَوْمٍ يَتَعَاطَوْنَ سَيْفًا مَسْلُولًا، فَقَالَ: «لَعَنَ اللهُ مَنْ فَعَلَ هَذَا؟ أَوَ لَيْسَ قَدْ نَهَيْتُ عَنْ هَذَا»، ثُمَّ قَالَ: «إِذَا سَلَّ أَحَدُكُمْ سَيْفَهُ، فَنَظَرَ إِلَيْهِ، فَأَرَادَ أَنْ يُنَاوِلَهُ أَخَاهُ، فَلْيُغْمِدْهُ، ثُمَّ يُنَاوِلْهُ إِيَّاهُ». =

إِلَيْهِ، وَهُوَ الْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ الْقِيمَةِ مَخْلَصٌ خَلَفًا؛ لِأَنَّهُ قَاصِرٌ، إِذِ الْكَمَالُ فِي رَدِّ الْعَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ. وَقِيلَ: الْمُوجَبُ الْأَصْلِيُّ الْقِيمَةُ وَرَدُّ

غاية البيان

ذكره في «الفائق»[1] في اللامِ معَ العينِ.

وَحَدَّثَ صاحبُ «السنن»: بإسنادِهِ إلى عبدِ اللهِ بن السائبِ بنِ يزيدَ عن أبيه عن جَدِّه رضي الله عنه أنه سمع رسولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا جَادًّا، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا»[2]، وفي روايةِ «السنن»: «لَعِبًا وَلَا جِدًّا»[3].

قال الخَطَّابِيُّ رحمه الله في «شرح السنن» ـ في معنى قولِه: «لَاعِبًا جَادًّا» ـ: «هو أن يَأْخُذَهُ على سبيلِ الهَزْلِ واللعبِ، ثم يحبِسُه ولا يَرُدُّه، فيَكُونُ ذلك جِدًّا»[4].

قولُه: (وَهُوَ الْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ عَلَى مَا قَالُوا، وَرَدُّ الْقِيمَةِ مَخْلَصٌ)، يعني: أن المشايخَ اختَلَفُوا في المُوجِبِ الأَصْلِيِّ في الغَصْبِ.

قال بعضُهم: المُوجِبُ الأَصْلِيُّ رَدُّ العينِ، ورَدُّ القِيمَةِ مَخْلَصٌ عنه، وهذا حقٌّ وصوابٌ؛ لأنه يَجِبُ عليه رَدُّ ما أَخذَه؛ لقولِه ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ»[5]، ولقولِه ﷺ: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[5]، هذا إذا كان قادرًا على رَدِّ العينِ.

فإذا كان قادرًا: فيَجِبُ عليه رَدُّ المِثْلِ إن كان مِثْلِيًّا، كالمَكِيلِ لِلمَكِيلِ، أو رَدُّ

= قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وقال الهيثمي: «رواه أحمد والطبراني، وفيه مبارك بن فضالة وهو ثقة ولكنه مُدلِّس، وبقية رجال أحمد رجال الصحيح». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٥٦٨/٧].

(١) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣١٧/٣].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «سنن أبي داود» [٧١٩/٢].

(٤) ينظر: «معالم السنن» للخطابي [١٣٦/٤].

(٥) مضى تخريجه.

الْعَيْنِ مُخَلِّصٌ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ. وَالْوَاجِبُ الرَّدُّ فِي الْمَكَانِ الَّذِي غَصَبَهُ لِتَفَاوُتِ الْقِيمَةِ بِتَفَاوُتِ الْأَمَاكِنِ.

القِيمَةِ إن لم يَكُنْ مِثْلِيًّا؛ لأن ضمانَ العدوانِ مَبنِيٌّ على المُمَاثَلَةِ، فإن كان قادرًا على المِثْلِ صورةً ومَعْنًى؛ يَجِبُ عليه المِثْلُ، وهو المِثْلُ الكاملُ، وإن لم يَكُنْ قادرًا على المِثْلِ؛ يَجِبُ عليه القِيمَةُ، وهو المِثْلُ القاصرُ تحقيقًا لمعنى المِثْلِ بقَدْرِ الإمكانِ.

وقال بعضُهم: المُوجِبُ [٧/٥٩و/م] الأَصْلِيُّ رَدُّ القِيمَةِ، ورَدُّ العينِ مَخْلَصٌ.

واستدلُّوا على هذا بالأحكامِ:

منها: إذا أبرَأَ الغَاصِبَ عن الضَّمَانِ حالَ قيامِ العينِ؛ يَصِحُّ ويَبْرَأُ، حتى لو هلك بعدَ ذلك في يدِه؛ لا ضمانَ عليه، ولو لم يَكُنْ وجوبُ القِيمَةِ في يدِه الحالةِ لَمَا صحَّ الإبراءُ؛ لأن الإبراءَ عن العينِ لا يَصِحُّ.

ومنها: أن الكَفَالَةَ لا تَصِحُّ بالعينِ، وتصحُّ الكَفَالَةُ بِالمَغْصُوبِ، **فَعُلِمَ:** أن المُوجِبَ الأَصْلِيَّ هو القِيمَةُ.

ومنها: أن الغَاصِبَ إذا كان له نِصَابٌ في [٣/٧١و] مِلْكِه، وقد غَصَبَ شيئًا وهو قائمٌ، فلا يَجِبُ عليه الزَّكَاةُ إذا انتقصَ النِّصَابُ بمقابلةِ وجوبِ قيمةِ المَغْصُوبِ عليه[1].

فأقولُ وباللهِ التوفيقُ: هذا الذي ذكَرُوه في غايةِ الرَّكَاكَةِ، لا يَقْبَلُهُ إلَّا سخيفُ الرأيِ، فلو كان المُوجِبُ الأَصْلِيُّ هو رَدُّ القِيمَةِ ورَدُّ العينِ مَخْلَصٌ عنه[2]؛ كان للغَاصِبِ أن يَقُولَ: خُذْ قِيمَةَ هذا المَغْصُوبِ وهو حقُّك الذي وجَبَ أصالةً، وليس

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/٣٢٢].

(٢) وقع بالأصل: «مخلص عليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

ك أنْ تأخُذَ عينَ المَغْصُوبِ؛ لأن رَدَّ العينِ أُقيمَ مقامَ القِيمَةِ خلَفًا ومَخْلَصًا عنها، أنا قادرٌ على القِيمَةِ التي هي الأصلُ، ولا مصيرَ إلى الخَلَفِ معَ القدرةِ على الأصلِ، وفيه خلافُ كلامِ اللهِ تعالى؛ لأنه أكْلُ مالِ الغيرِ بالباطلِ؛ لأن المالكَ لم يَرْضَ إلا بعينِ حقِّه، قال الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

والجوابُ عن مسألةِ الإبراءِ: قال صدْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «**مبسوطه**» في بابِ الصلحِ في الغَصْبِ: «ولو غَصَبَ مِن إنسانٍ كُرَّ حِنْطَةٍ، فصالَحه على نصفِه: إن[1] كان مُسْتهلكًا؛ جاز لا شكَّ فيه.

أمَّا إذا كان قائمًا: إنْ كان بحَضْرتِهما؛ لا يَجُوزُ، سواءٌ كان الصلحُ على نصفِ ذلك الكُرِّ أو على نصفِ الآخَرِ؛ لأن هذا بَيْعُ الكُرِّ بنصفِ الكُرِّ، والإبراءُ عن نصفِ الكُرِّ وهو عينٌ، والإبراءُ عن العينِ باطلٌ، فيَكُونُ الصلحُ باطلًا.

وأمَّا إذا لم يَكُنْ بحَضْرَتِهما: قال: يَجُوزُ الصلحُ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ بحَضْرتِهما؛ فقد ظهَر فيه علاماتُ الهلاكِ، فيُمْكِنُ تجَوُّزُ الصلحِ بطريقِ الإبراءِ، وهو أنْ يُجْعَلَ إبراءً عن نصفِ الكُرِّ، وقبْضًا لمِثْلِ نصفِ الكُرِّ إذا وقَع الصلحُ على نصفِ الآخَرِ، وإذا وقَع الصلحُ على نصفِ ذلك الكُرِّ؛ يُجْعَلُ هذا النصفُ قائمًا، والنصفُ الآخَرُ هالِكًا، إذْ يَجُوزُ أن يَكُونُ نصفُه هالكًا، ونصفُه قائمًا، فيَكُونُ ذلك قبْضَ نصفِ الكُرِّ، وإبراءً عن النصفِ الثاني، وهذا الصلحُ يَجُوزُ من حيثُ الظاهرُ؛ لأنه هالكٌ من حيثُ الظاهرُ.

أمَّا في الحقيقةِ: لا يَجُوزُ حتَّى لا يَحِلَّ الزِّيادةُ على نصفِ الكُرِّ؛ لأن الكُرَّ

---

(١) وقع بالأصل: «وإن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

قائمٌ في الحقيقةِ». إلى هنا لفظُ صدرِ الإسلام ﷺ.

فَعُلِمَ: أن [٧/٥٩ظ/م] الإبراءَ عن المَغْصُوبِ حالَ قيامِه لا يَصِحُّ، بخلافِ ما قال هؤلاء.

والجوابُ عن صحَّةِ الكَفَالةِ بِالمَغْصُوبِ فأقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أن الكَفَالَةَ بالعينِ لا تَصِحُّ مطلقًا، بل الكَفَالَةُ تَصِحُّ بالعينِ المَضْمُونةِ بنفسِها.

بيانُه: أن العينَ المَضْمُونَ على نوعيْنِ:

مَضْمُونٌ بنفسِه، وهو ما يَجِبُ عندَ هلاكِه مِثْلُه إن كان له مِثْلٌ، أو قيمتُه إن لم يَكُنْ له مِثْلٌ.

ومَضْمُونٌ بغيرِه، وهو ما ليس كذلك، وهذا كالمَبِيعِ في يدِ البائعِ، والرَّهْنِ في يدِ المُرْتَهِنِ، فإنْ ضَمِن أحدٌ العينَ لم يَصِحَّ؛ لأنها غيرُ مَضْمُونَةٌ بنفسِها، ولهذا لو هلك المَبِيعُ في يدِ البَائِعِ انفسخَ العقدُ، ووجَبَ عليه رَدُّ الثمنِ، ولم تَجِبْ قِيمَةُ العينِ.

فإذا لم يَجِبْ بالهلاكِ حقٌّ؛ لم يَلْزَمِ الضَّامِنُ شيئًا، وكذلك الرَّهْنُ إذا هلَك في يدِ المُرْتَهِنِ؛ صار [٣/٧١ظ] مُسْتوفيًا بهلاكِه، ولا يَلْزَمُهُ حقٌّ، فلذلك لم يَضْمَنِ الضَّامِنُ شيئًا، فإن ضَمِن تَسليمَ المَبِيعِ جاز؛ لأن التَّسْلِيمَ مُسْتَحقٌّ على البَائِعِ، ويُمْكِنُ استيفاؤُه من الكَفِيلِ، فجاز الكَفَالَةُ به.

والقسمُ الأوَّلُ: يَصِحُّ الرَّهْنُ والكَفَالَةُ به، ويَلْزَمُ الضَّامِنَ رَدُّ العينِ حالَ بقائِها، ودَفْعُ قيمَتِها بعدَ هلاكِها؛ لأنَّها[1] مَضْمُونَةٌ على الذي هي في يدِه على هذا الوجهِ، فلزم الكَفِيلَ ضمانُها على ذلك الوجهِ، وهو كالمهرِ في يدِ الزوجِ، وبدلِ الخُلْعِ في

---

(١) وقع بالأصل: «لأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

فَإِنِ ادَّعَىٰ هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّىٰ يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا، ثُمَّ قَضَىٰ عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ رَدُّ الْعَيْنِ وَالْهَلَاكُ بِعَارِضٍ، فَهُوَ يَدَّعِي أَمْرًا

بدِ المرأةِ، وبدلِ الصلحِ في القِصاصِ، والمَغْصُوبِ، والمقبوضِ على سَوْمِ الشراءِ، أَوْ بِبَيْعٍ فاسدٍ.

وقد صَرَّح بجوازِ الرَّهْنِ والكَفَالَةِ بهذِه الأشياءِ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»، و«شرح الأقطع»، نصَّ على ذلك الكَرْخِيُّ أيضًا في بابِ ضمانِ الأعيانِ مِن كتابِ الكَفَالَةِ في «مختصره».

وقال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ رحمه الله في «كفايته»: «رَجُلٌ قال لآخرَ: غصَبَنِي فلانٌ عبدًا، فقال: أنا ضامنُ العبدِ الذي تَدَّعِي؛ فهو ضامنٌ للعبدِ، فإنْ مات أو استحَقَّه آخرُ؛ فهو ضامنٌ لقيمَتِه.

فَعُلِمَ بمجموعِ ما ذَكَرْنا: أن مجرَّدَ الكَفَالَةِ لم تَدُلَّ على الدَّيْنِ، فلم يَكُنِ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ في الغَصْبِ هو القِيمَةُ.

والجوابُ عن مسألةِ الزَّكَاةِ: إذا غَصَبَ مَن في يدِه نِصَابٌ نِصَابًا، والمَغْصُوبُ قائمٌ في يدِه؛ فلَا نُسلِّمُ أنه لا تَجِبُ الزَّكَاةُ في مِلْكِه، فلا بُدَّ مِن تصحيحِ النقلِ عن كُتُبِ محمَّدٍ رحمه الله»، وقد مَرَّ مرَّةً نحوٌ مِن هذا في كتابِنا الموسومِ بـ«التبيين»[1] في بيانِ أن اليمينَ باللهِ تعالى تُسَمَّىٰ: سببًا للكفَّارةِ مجازًا، وللهِ الحمدُ والمِنَّةُ على هدايتِه، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (فَإِنِ ادَّعَىٰ هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّىٰ يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا، ثُمَّ قَضَىٰ عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره»[2]، وذلك

(١) ينظر: «التَّبيين شرح الأخسيكَثِيّ» للمؤلف [٢/١٣٧].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٢٩].

عَارِضًا خِلَافَ الظَّاهِرِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، كَمَا إِذَا ادَّعَى الْإِفْلَاسَ وَعَلَيْهِ ثَمَنُ مَتَاعٍ فَيُحْبَسُ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ مَا يَدَّعِيهُ، وَإِذَا عَلِمَ الْهَلَاكُ سَقَطَ عَنْهُ رَدُّهُ فَيَلْزَمُهُ رَدُّ بَدَلِهِ وَهُوَ الْقِيمَةُ.

قَالَ: وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ؛ لِأَنَّ الْغَصْبَ بِحَقِيقَتِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ دُونَ

﴿ غاية البيان ﴾

لأن رَدَّ العينِ واجبٌ على الغَاصِبِ بالحديثِ، فإذا ادَّعَى هلاكَ العينِ؛ يَكُونُ مُدَّعِيًا خلافَ الظاهرِ؛ لأن الأصلَ في كلِّ ثابتٍ دوامُه وزوالُه بعارِضٍ، فيُحْبَسُ إلى أن يَظْهَرَ عندَ القاضي أن [٧/٦١و/م][1] العينَ لو كانت باقيةً لأظْهَرها[2]، وذلك لأنَّ «لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ» وعُقُوبتُه: حَبْسُه[3]، كذا الحديثُ، كمَنْ عليه دَيْنٌ مِن ثمنِ متاعٍ طُولِبَ به، فادَّعَى الإفلاسَ، ثم إذا ظهَر عندَ القاضي ما يَدَّعِيه الغَاصِبُ مِن هلاكِ العينِ؛ سَقَطَ عنه رَدُّ العينِ، فيُؤْخَذُ ببدَلِها[4]، وهو القِيمَةُ.

قولُه: (قَالَ: وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في **«مختصره»**، وتمامُه فيه: «وإذا غَصَبَ عقارًا فهلَك في يدِه؛ لم يَضْمَنْهُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄، وقال محمَّدٌ ﵀: يَضْمَنُه»[5]، أي: الغَصْبُ المُوجِبُ للضَّمَانِ إنما يتَحَقَّقُ فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ.

أمَّا غَصْبُ العَقَارِ: فلا يُوجِبُ الضَّمانَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ خلافًا لمحمَّدٍ ﵀[6].

---

(١) اختلف الترقيم الداخلي هنا أيضا، وتخطى الرقم (٦٠).

(٢) وقع بالأصل: «لأظهر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«ق٣».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «بدلها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٢٩].

(٦) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [٤/١٧٦]، «التجريد» [٧/٣٣٥٠]، «المبسوط» [١١/٧٣]؛=

غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ الْيَدِ بِالنَّقْلِ. وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَضْمَنُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ

غاية البيان

قال صدرُ الإسلامِ ﵀ في «**شرح** [٧٢/٣و] **الكافي**» الذي هو «**مبسوطه**»: «مَن غَصَب دارَ إنسانٍ [أوْ أرضَ إنسانٍ][1]، فاستولَىٰ عليه؛ لا يَضْمَنُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄، لوِ انهدَم بناؤُها مِن غيرِ سُكْناه، وعندَ محمَّدٍ وزُفَرَ والشَّافعيِّ ﵃: يَضْمَنُ[2]».

وقال في «**الطريقة البرهانية**»: «الغَصْبُ لا يتَحَقَّقُ في الدُّورِ والعَقَارِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ الآخرَ[3]، وفي قولِ أبي يوسفَ الأوَّلِ ـ وهو قولُ محمَّدٍ والشَّافعيِّ ﵃ ـ: يتَحَقَّقُ.

وقال علاءُ الدِّينِ العالِمُ ﵀ في «**طريقة الخلاف**»: «قال أبو حَنِيفَةَ ﵁: الدُّورُ والعَقَارُ لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ، وهو قولُ أبي يوسفَ ﵀ آخرًا، وقال محمَّدٌ والشَّافعيُّ ﵄: تُضْمَنُ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا»[4]. إلىٰ هنا لفظُ «**الطريقة**».

وقد اختلفتْ عباراتُ مشايخِنا ﵏ في غَصْبِ الدُّورِ والعَقَارِ علىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ.

فقال بعضُهم: يتَحَقَّقُ فيها الغَصْبُ، ولكن لا علىٰ وَجْهٍ يُوجِبُ الضَّمانَ،

= «رؤوس المسائل» [ص/ ٣٥٤]، «الفقه النافع» [٩٢٨/٣]، «بدائع الصنائع» [١٣٥/٦، ١٣٦]، «الاختيار» [٨١/٣، ٨٢]، «تبيين الحقائق» [٢٢٤/٥، ٢٢٥]، «تكملة البحر الرائق» [١٢٦/٨].

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». و«فا٣».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٣٥/٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣٨٧/٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٢٠/٤].

(٣) وقع بالأصل: «في قول أبي يوسف وأبي حَنِيفَةَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٤) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٥٧، ٢٥٨].

الْأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله لِتَحَقُّقِ [١٥٠/ظ] إِثْبَاتِ الْيَدِ، ....

غاية البيان

وإليه مالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في قوله: «وإذا غَصَب عقارًا فهلَك في يدِه؛ لم يَضْمَنْه عند أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله»[١]؛ لأنه أثبتَ الغَصْبَ ونفَى الضَّمَانَ.

وقال بعضُهم: لا يَتحَقَّقُ أصلًا، وإليه مالَ أكثرُ المشايخِ رحمهم الله[٢].

وَجهُ قولِ محمَّدٍ والشَّافعيِّ رحمهما الله: أن ضمانَ الغَصْبِ حُكْمٌ مُتعَلِّقٌ بِالغَصْبِ، والغَصْبُ مُتَحَقِّقٌ في الدُّورِ والعَقَارِ، فيَجِبُ الضَّمَانُ بإثباتِ اليدِ بغيرِ إِذْنِ المالكِ كما في المنقولِ.

يَدُلُّ عليه: السُّنَّةُ، والإجماعُ، والمعقولُ.

أَمَّا السُّنة: فقولُه ﷺ: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ؛ طَوَّقَهُ اللهُ [بِهِ][٣] يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»[٤].

بيانُه: أن النَّبِيَّ ﷺ أطلقَ اسمَ الغَصْبِ في الدُّورِ والعَقَارِ، فلو لم يَكُنِ الغَصْبُ مُتَحقِّقًا فيها؛ لم يُطلَقْ، والكلامُ لحقيقتِه ما لم يَقُمْ دليلُ المَجازِ.

وأَمَّا الإجماعُ: فإنَّ المُدَّعِي لِلدُّورِ إذا قال [٦١/٧ظ/م] بينَ يَدَيِ القاضي: إن هذا غَصَب أرضي أو دَارِي؛ يَسْمَعُ القاضي دَعْوَاه بالإجماعِ، فلولا أن الغَصْبَ يَتحَقَّقُ فيها؛ لم تُسْمَعْ دعوَاه.

وأَمَّا المعقولُ: فهو أن الغَصْبَ لا يَخْلُو: إمَّا إن كان إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بغيرِ إِذْنِه كما قال أصحابُ الشَّافعيِّ رحمهم الله، أو إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بغيرِ إِذْنِه

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٢٩].

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» [١٤٦/٧]، «البناية» [١٩١/١١]، «تكملة البحر الرائق» [١٢٦/٨]، «مجمع الضمانات» [١٢٦/١]، «اللباب» [١٨٩/٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) مضَىٰ تخريجه.

. . . .

علىٰ وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ تفويتَ يدِ المالكِ، كما قاله أصحابُ أبو حَنِيفَةَ ﷺ، فأيًّا ما كان يوجَدُ حَدُّ الغَصْبِ، فيَجِبُ الضَّمَانُ.

أمَّا الأوَّلُ: فلأنَّ إثباتَ اليدِ علىٰ مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه لَمَّا وُجِدَ؛ عجزَ المالكُ عن الانتفاعِ بالمحلِّ؛ لأنه متىٰ ثبتَ يدُ الغَاصِبِ علىٰ المحلِّ؛ لا يُتصَوَّرُ ثبوتُ يدِ المالكِ عليه؛ لأن اجتماعَ اليديْنِ مِن جنسٍ واحدٍ علىٰ محلٍّ لا يُتصَوَّرُ، فتزولُ يدُ المالكِ [٣/٧٢ظ] ضرورةً.

تحقيقُه: أن إثباتَ اليدِ عبارةٌ عن الاستيلاءِ، والاستيلاءُ مُتحَقِّق في الدُّورِ والعَقَارِ، ألَا تَرىٰ أن الغُزَاةَ يَمْلِكُون أراضيَ الكفَّارِ بالاستيلاءِ، كما يملِكون سائرَ أموالِهم، والاستيلاءُ ليس إلا إثباتَ اليدِ، دَلَّ أن هذا الحَدَّ مُتحَقِّقٌ في الدُّورِ والعَقَارِ.

وإن كان حَدُّ الغَصْبِ إثباتَ اليدِ علىٰ مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه علىٰ وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ تفويتَ يدِ المالكِ؛ فقد وُجِدَ أيضًا؛ لأن من إثباتِ يدِ الغَاصِبِ علىٰ المحلِّ زوالَ يدِ المالكِ عنه ضرورةً؛ لأن اجتماعَ اليدَيْنِ المتنافِيَيْنِ علىٰ سبيلِ الكمالِ علىٰ محلٍّ واحدٍ لا يُتصَوَّرُ.

ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا إذا جلسَ علىٰ بساطِ إنسانٍ، حيثُ لا يَضْمَنُ بمجرَّدِ إثباتِ اليدِ بالجلوسِ؛ لأنه لم يُوجَدْ إثباتُ اليدِ علىٰ سبيلِ الكمالِ؛ لأن ذلك لا يُوجَدُ في المنقولِ إلا بالرفعِ والنقلِ، ولم يُوجَدْ.

ولنا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللهِ ﷺ أنه قال: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ؛ طَوَّقَهُ اللهُ [بِهِ][1] يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) مضىٰ تخريجه.

....

وَجْهُ الاستدلالِ: أن النَّبِيَّ ﷺ جعلَ جزاءَ غَصْبِ الأرضِ التطْويقَ يومَ القيامةِ، فلو كان الضَّمَانُ واجبًا لبيَّنَهُ؛ لأن الضَّمَانَ مِن حُكْمِ الدنيا، والحاجةُ إليه أمَسُّ.

أو نَقُولُ: إن جزاءَ الشيءِ ما يَكُونُ كافيًا في كونِه جزاءً، كقولِ الرَّجُلِ: مَن دخَل داري فله درهمٌ، والتطويقُ لَمَّا وقَع جزاءً كان كافيًا، فلا حاجةَ إلى إيجابِ الضَّمَانِ، فَمَنْ أوجبَ الضَّمَانَ كان مخالفًا لنصِّ النبيِّ ﷺ.

والفقهُ في المسألةِ: أن ما ليس بمنقولٍ ليس بمحلٍّ للغَصْبِ؛ لأن الغَصْبَ الذي علَّقَ الشَّرْعُ به وجوبَ الضَّمَانِ هو إتلافُ العينِ بتفويتِ يدِ المالكِ، وإعجازُه عن[1] الانتفاعِ به لمَعْنًى في العينِ، وهذا يتَحَقَّقُ في المنقولِ لا في غيرِه؛ لأنه إذا نقَله فقد أخرجَه عن أن يَكُونَ مُنْتفعًا به لمَعْنًى في [٧/٦٢و/م] العينِ وهو البُعْدُ؛ لأنه إنما يَنْتَفِعُ به المالكُ إذا كان قريبًا، فإذا بعَدَه الغَاصِبُ فقد أخرجَه مِن كونِه مُنْتفعًا به في حقِّ المالكِ، فكان غَصْبًا مُوجِبًا للضمانِ.

وهذا المعنى لا يُتصَوَّرُ في العَقَارِ؛ لأنَّ العَقَارَ في الموضعِ الذي كانت يدُ المالكِ ثابتةً عليه، ولم يتبدَّلْ حالُ المحلِّ، فالمالكُ قادرٌ على أن يَدْخُلَ الدارَ ويَسْكُنَ فيها، وإنْ كان الغَاصِبُ دخَل فيها وسَكَن، فلم يَكُنِ المالكُ عاجزًا عن الانتفاعِ إلَّا إذا منَعَه الغَاصِبُ، فحينَئذٍ يَعْجِزُ المالكُ عن الانتفاعِ لمَعْنًى في المالكِ لا في المحلِّ.

فهذا معنى قولِنا: إن الغَصْبَ الذي هو إتلافُ المحلِّ لا يُتصَوَّرُ في العَقَارِ، وإنما يُتصَوَّرُ ويَتحقَّقُ في المنقولِ بواسطةِ النقلِ، فثَبَتَ بما قلنا: أن الغَصْبَ المذكورَ في الحديثِ مجازٌ لا حقيقةٌ.

---

(١) وقع بالأصل: «على». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أن الغَصْبَ تفويتُ يدِ المالكِ لمَعْنًى في العينِ، ولكن لِمَ قُلْتَ: إنْ تفويتَ يدِ المالكِ لمَعْنًى في المالكِ [٧٣/٢و] ليس بمُوجَبٍ للضَّمَانِ؟

قُلْتُ: إذا كان التفويتُ لمَعْنًى في العينِ؛ يَكُونُ في معنىٰ الهالكِ حُكْمًا، فيَجِبُ الضَّمَانُ، وإذا كان التفويتُ لمَعْنًى في المالكِ والمحلُّ كما كان؛ لا يَكُونُ الشيءُ هالكًا حُكْمًا، فصار كما إذا بَعُدَ الراعي عن المَوَاشي فهلكَتْ، حيثُ لا ضمانَ عليه.

فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أن تفويتَ اليدِ لمَعْنًى في العينِ هو المعتبرُ، ولكن لِمَ لا يُقامُ تفويتُ اليدِ لمَعْنًى في المالكِ مقامَ التفويتِ لمَعْنًى في العينِ، إذا لم يَكُنِ التفويتُ لمَعْنًى في العينِ، كما إذا أودع عقَارًا عندَ إنسانٍ، فجحدَ الوَدِيعَةَ يَضْمَنُ وإن لم يُوجَدِ التفويتُ في المحلِّ، وكذلك الغَاصِبُ إذا منعَ ولَدَ المَغْصُوبِ[1] عن المالكِ بعدَ طلبِه يَضْمَنُ وإن لم يُوجَدِ التفويتُ في المحلِّ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنه إذا جحدَ الوَدِيعَةَ يَضْمَنُ، أَلَا تَرَىٰ أن الإمامَ علاءَ الدِّينِ العالِمَ ﷺ قال في «**طريقة الخلاف**»: «إذا أودعَ عندَ إنسانٍ عقَارًا فجحَد، عندَ أبي حَنِيفَةَ: لا يَضْمَنُ، فيُمْنَعُ علىٰ هذا»[2].

أو نقولُ: في الضَّمَانِ بجحودِ الوَدِيعَةِ تفصيلٌ. قال النَّاطِفِيُّ ﷺ في كتابِ الغَصْبِ من «**الأجناس**»: «كان شيخُنا أبو عبدِ اللهِ الجُرْجَانِيُّ يَقُولُ: إنه علىٰ وجهَيْنِ: إنْ نقَلَ الوَدِيعَةَ عن الموضعِ الذي [كان][3] فيه حالَ جحودِه وهلكَتْ؛

---

(١) أي: الحيوان المغصوب. كذا جاء في حاشية: «م».

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٥٨].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». ينظر: «الأجناس» لأبي العباس النَّاطِفِيّ [ق٧٧/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)].

ضَمِن، وإن لم يَنقُلْها عن موضعِها حتَّى هلكَتْ؛ لا يَضْمَنُ»[١]. وقد مَرَّ هذا مرَّةً في كتابِ الوَدِيعَةِ.

فعلى هذا لا يَرِدُ السؤالُ؛ لأنه لا يَجِبُ الضَّمَانُ بالجُحُودِ؛ لأن العَقَارَ لا يُتَصَوَّرُ فيه النقلُ عن موضعِه [٧/٦٢ظ/م]، ولَئِنْ سَلَّمْنا أن الضَّمَانَ يَجِبُ بجحودِ الوَدِيعَةِ؛ فنقولُ: نفْسُ الجُحُودِ ليس بغَصْبٍ عندَنا، ولكن بِالجُحُودِ صار الأخْذُ السابقُ سببًا للغَصْبِ؛ لأن المُودَعَ كان التزَم الحفظَ، فلَمَّا جَحَدَ تركَ الحِفْظَ، فجُعِلَ أَخْذُه غَصْبًا.

وكذلك منْعُ الغَاصِبِ الولدَ ليس هو السببَ المُوجِبَ[٢] للضَّمَانِ، وإنما المُوجِبُ للضَّمَانِ هو الأخذُ السابقُ، وإثباتُ اليدِ عليه بطريقِ التسْبِيبِ، فجُعِلَ ذلك سببًا للضَّمَانِ بشرطِ المنعِ، وذلك فعْلٌ في العينِ، فَصَلُح اعتبارُه غَصْبًا، بخلافِ مسألةِ العَقَارِ، حيثُ لم يُوجَدْ فعْلٌ في العينِ، فافترقا.

وتسميةُ الغَصْبِ في الحديثِ مجازٌ؛ كما في قولِه ﷺ: «مَنْ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ»[٣]؛ بدليل ما رُوِيَ في «الصحيح» للبُخَارِيِّ: عن رسولِ اللهِ ﷺ: «مَنْ أَخَذَ مِنَ الأَرْضِ شِبْرًا بِغَيْرِ حَقِّهِ، خُسِفَ بِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرَضِينَ»[٣].

أو نَقُولُ: ولَئِنْ سَلَّمْنا أنه غصْبٌ حقيقةً كما قال بعضُ أصحابِنَا ﷺ، ولكنَّه ليس بغَصْبٍ مُوجِبٍ للضَّمَانِ، كغَصْبِ الخمرِ والخنزيرِ في حقِّ المسلمِ، وهذا الموضعُ هو الذي وَعَدَه صاحبُ «الهداية» قبلَ بابِ السَّلَمِ بقولِه: (وَسَنُبَيِّنُهُ) في الغَصْبِ عندَ قولِه: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لرَجُلٍ، فَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بِنَائِهِ؛ لَمْ يَضْمَنِ الْبَائِعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ [٣/٧٣ظ]، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ [آخِرًا][٤]).

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٤٨٧].

(٢) وقع بالأصل: «الموجوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَمِنْ ضَرُورَتِهِ زَوَالُ يَدِ الْمَالِكِ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْيَدَيْنِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ فَتَحَقَّقَ الْوَصْفَانِ وَهُوَ الْغَصْبُ عَلَى ما بَيَّنَاه فَصَارَ كَالْمَنْقُولِ وَجُحُودِ الْوَدِيعَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ الْغَصْبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ بِإِزَالَةِ يَدِ الْمَالِكِ بِفِعْلٍ فِي الْعَيْنِ، وَهَذَا لَا يَتَصَوَّرُ فِي الْعَقَّارِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِإِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي الْعَقَارِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَعُدَ الْمَالِكُ عَنِ الْمَوَاشِي. وَفِي الْمَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ وَهُوَ الغَصْبُ. ....

غاية البيان

قولُه: (لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْيَدَيْنِ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ)، أي: اليدَيْنِ المُتنافِيَيْنِ: يدُ المالكِ ويدُ الغَاصِبِ؛ لأن إحداهما مُوجبةٌ للضَّمَانِ، والأُخرىٰ ليست بمُوجِبَةٍ للضَّمَانِ، والبيانُ مَرَّ قبلَ هذا.

وقيل: اجتماعُ اليديْنِ مِن جنسٍ واحدٍ، وهو يدُ الانتفاعِ مِن المالكِ والغَاصِبِ، واحترزَ به عن العينِ المُسْتأجرَةِ، فإنها في يدِ المستأجرِ حقيقةً، وفي يدِ المالكِ حُكْمًا، وهما مختلفان.

قولُه: (فَتَحَقَّقَ الْوَصْفَانِ)، أراد بهما: إثباتُ يدِ الغَاصِبِ، وزوالُ يدِ المالكِ.

قولُه: (وَهُوَ الْغَصْبُ)، أي: تحَقُّقُ الوصفَيْنِ المذكورَيْنِ، وهو الغصبُ.

قولُه: (وَجُحُودِ الْوَدِيعَةِ)، مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي الْعَقَارِ)، أي: إخراجُ المالكِ عن العينِ التي هي العَقَارُ فعْلٌ في المالكِ لا في العَقَارِ، فلا يَكُونُ غَصْبًا؛ لأن الغَصْبَ فعْلٌ في المحلِّ بتفويتِه، ولم يُوجَدْ.

قولُه: (وَفِي الْمَنْقُولِ: النَّقْلُ فِعْلٌ فِيهِ)، أي: المنقولُ يَتَحَقَّقُ معنى الغَصْبِ،

وَمَسْأَلَةُ الْجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ، وَلَوْ سَلَّمَ فَالضَّمَانُ هُنَاكَ بِتَرْكِ الْحِفْظِ الْمُلْتَزِمِ وَبِالْجُحُودِ تَارِكٌ لِذَلِكَ.

قَالَ: قَالَ: وَمَا نَقَصَهُ بِفِعْلِهِ وَسُكْنَاهُ، ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَالْعَقَّارُ يَضْمَنُ بِهِ كَمَا إِذَا نَقَلَ تُرَابُهُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ فِي الْعَيْنِ وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتْ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ.

غاية البيان

وهو تفويتُ يدِ المالكِ لمعنًى في المحلِّ.

قولُه: (وَمَسْأَلَةُ الْجُحُودِ مَمْنُوعَةٌ)، مَرَّ بيانُ المنعِ والتَّسْلِيمِ جميعًا.

والعَقَارُ: الضَّيْعَةُ. وقيل: كلُّ مالٍ له أَصْلٌ كالدارِ.

قولُه [٧/٦٣و/م]: (قَالَ: وَمَا نَقَصَهُ بِفِعْلِهِ وَسُكْنَاهُ؛ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[١].

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَيَدْخُلُ فِيمَا قَالَهُ إِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ بِسُكْنَاهُ وَعَمَلِهِ)، يعني: يَضْمَنُ الغَاصِبُ إذا انهدمَ الدارُ بسببِ سُكْناه، أو بسببِ عمَلِه، نحوُ الحِدَادةِ والقِصَارةِ، أمَّا إذا سكنَ وانهدَم الدارُ بآفةٍ سماويَّةٍ؛ لا ضمانَ عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ وأبي يوسفَ ﷺ.

وإنما دخل انهدامُ الدارِ بسببِ سُكْناه وعملِه فيما قاله القُدُورِيُّ، وهو قولُه: «وما نقصَ منه بفِعْلِه وسُكْناه؛ ضَمِنَه في قولِهم جميعًا»[٢]؛ لأن انهدامَ الدارِ بسببِ سُكْناه وفِعلِه نُقْصَانٌ فيها بفِعْلِ الغَاصِبِ، فيَضْمَنُه في قولِهم؛ لأنه إتلافٌ، وليس بغَصْبٍ، والعَقَارُ يُضْمَنُ بالإتلافِ، وقد يُضْمَنُ بالإتلافِ ما لا يُضْمَنُ بالغَصْبِ، أصْلُه الحرُّ[٣].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٢٩].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: «التصحيح والتراجيح» [ص/٢٩٩]، «اللباب» [٢/١٨٩].

وَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا، وَأَقَرَّ بِذَلِكَ، وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ؛ فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الْغَصْبِ فِي الصَّحِيحِ.

غاية البيان

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**»: «رَجُلٌ غَصَبَ دارَ رَجُلٍ وسكَنَها فتهدَّمت مِن غيرِ عمَلِه، قال: لا ضمانَ عليه في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ، وعندَ محمَّدٍ والشَّافعيِّ ﷺ: يَضْمَنُ؛ بناءً على أن غَصْبَ العَقَارِ لا يتحَقَّقُ عندَهما، وعندَ محمَّدٍ: يتحَقَّقُ.

هو يَقُولُ: إن الغَصْبَ هو إعجازُ المالكِ عن الانتفاعِ بالمحلِّ، وقد أعجَزه؛ لأنه لَمَّا أثبتَ يدَه على المحلِّ تعذَّرَ على المالكِ الانتفاعُ به؛ لأنه لا يَتَأَتَّى إلا بعدَ إثباتِ اليدِ واجتماعِ اليديْنِ على محلٍّ واحدٍ مِن جنسٍ واحدٍ لا يُتصَوَّرُ.

وإنَّا نَقُولُ: بل إعجازُ المالكِ إنما يتَحَقَّقُ بتَبْعِيدِ المحلِّ ونَقْلِه، والنقلُ لا يُتصَوَّرُ في العَقَارِ؛ لأنه مهما كان المحلُّ قريبًا منه أمكنَهُ الانتفاعُ به حقيقةً، وهو مُسَلَّطٌ عليه شرعًا.

غايةُ ما في البابِ [٣/٧٤و]: أنه ملأ الدارَ مِن الأقمشةِ، لكنَّ المالِكَ يَقْدِرُ على الانتفاعِ بواسطةِ التفريغِ، فلئنْ منَعَه الغَاصِبُ فالمنعُ تصَرُّفٌ يُلاقي المالكَ دونَ المحلِّ، فلا يَصيرُ به غاصبًا، فإن انهدمَتْ بسُكْناه؛ فعليه الضَّمَانُ بالاتِّفاقِ؛ لأن هذا إتلافٌ مِن جهَتِه، والعَقَارُ ممَّا يَحْتَمِلُ الإتلافُ».

قولُه: (**وَلَوْ غَصَبَ دَارًا وَبَاعَهَا وَسَلَّمَهَا، وَأَقَرَّ بِذَلِكَ، وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ؛ فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الْغَصْبِ فِي الصَّحِيحِ**)، ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ، وهي من مسائلِ «**الأصل**».

ومعنى المسألةِ: إذا باعَها ثم اعترفَ بِالغَصْبِ، وكَذَّبَه المُشْتَرِي، وقد مَرَّ ذلك قبلَ بابِ السَّلَمِ، ومعنى قولِه: (**فَهُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الْغَصْبِ**) أنه على

قَالَ: وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْبَعْضَ فَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

غاية البيان

الاختلافِ المشهورِ في غَصْبِ العَقَارِ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ وأبي يوسفَ ﵁: لا ضمانَ عليه خلافًا لمحمَّدٍ ﵁ وزُفرَ والشَّافعيِّ ﵃.

وإنما قَيَّدَ بقولِه: (فِي الصَّحِيحِ)، احترازًا عمَّا قال [٧/٦٣ظ/م] بعضُهم: إنه يَجِبُ على البَائِعِ هنا الضَّمَانُ بالبَيْعِ والتَّسْلِيمِ بالاتِّفاقِ، والصحيحُ أنه على الخلافِ، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال الحاكمُ الشهيدُ في «**مختصره**» الموسومِ بـ«**الكافي**»: «رَجُلٌ غَصَبَ دارَ رَجُلٍ فباعها وسَلَّمَها، ثم أقرَّ بذلك، وليس لربِّ الدارِ بَيِّنَةٌ. قال: لا ضمانَ على الغَاصِبِ؛ لأنه لم يُغَيِّرْهَا عن حالِها.

وقال أبو يوسفَ ﵁: أنا أراه ضامنًا لقيمَتِها، استَحْسَنَ ذلك، وهو قولُ محمَّدٍ ﵁، ورَجَعَ أبو يوسفَ عن هذا إلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵄: إنه لا ضمانَ عليه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «**الكافي**».

وإنما قَيَّدَ بقولِه: **(وَلَا بَيِّنَةَ لِصَاحِبِ الدَّارِ)**؛ لأنه إذا كان له بَيِّنَةٌ لا ضمانَ على البَائِعِ بالاتِّفاقِ؛ لأنه يُمْكِنُه أخْذُ دارِه بِالبَيِّنَةِ.

وَجْهُ قولِ محمَّدٍ ﵀: أن الغَصْبَ في العَقَارِ يتَحَقَّقُ، والبيعُ[2] والتَّسْلِيمُ غصْبٌ مِن جهَتِه، فيَجِبُ عليه الضَّمَانُ كما في المنقولِ.

وَجْهُ قولِهما: أن الغَصْبَ في العَقَارِ لا يتَحَقَّقُ، فلم يَكُنِ البَيْعُ والتَّسْلِيمُ غَصْبًا، فلم يجبِ الضَّمَانُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ)، أي: قال في «**الجامع**

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٤].

(٢) وقع بالأصل: «والمبيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

قَالَ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ وَسَنَذْكُرُ الْوَجْهَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

الصغير»، يعني: إذا انتقصَ العَقَارُ، أو المكانُ، أو المَغْصُوبُ بالزراعةِ.

وصورةُ المسألةِ فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يَغصِبُ الغلامَ، أو الأرضَ، فيُؤاجِرُ الغلامَ ويأخُذُ غَلَّتَه، وقد نقصَتْهُ الغَلَّةُ، أو يَزْرَعُ الأرضَ كُرًّا، فيَنْقُصها ويُخْرِجُ ثلاثةَ أكرارٍ. قال: يَأْخُذُ رأسَ مالِه الكُرَّ، ويَضْمَنُ النُّقْصَانَ منها جميعًا، ويتصدَّقُ بالفضلِ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ أصلِ **«الجامع الصغير»**.

وإنما ضَمِنَ النُّقْصَانَ؛ لأنه أتلفَ البعضَ مِن العَقَارِ، فيَضْمَنُ العَقَارَ بالإتلافِ، وإنما يتصَدَّقُ بالفضلِ؛ لأنه مستفادٌ بسببٍ خبيثٍ.

وعندَ أبي يوسفَ ﷺ: لا يتصَدَّقُ، وسَيَجِيءُ البيانُ عندَ قولِه: **(وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ)** إنْ شاء اللهُ تعالىٰ، وإلىٰ ذلك الموضعِ [أشار][2] [٣/٧٤ظ] بقولِه: **(وَسَنَذْكُرُ الْوَجْهَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ)**.

قال الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في **«النوازل»** في أوَّلِ بابِ المُزَارَعَةِ: «قال أبو نصرٍ ﷺ في رَجُلٍ زرَعَ أرضَ رَجُلٍ بغيرِ إذْنِه؛ فعليه نُقْصَانُ الأرضِ، قال نُصَيْرُ بنُ يحيىٰ ﷺ: نُقْصَانُ الأرضِ يُنْظَرُ بكم تُسْتأْجَرُ الأرضُ قبلَ استعمالِها، وبكم تُسْتأْجَرُ بعدَ استعمالِها، فيَجِبُ عليه نُقْصَانُ ذلك.

وقال محمَّدُ بنُ سلمةَ ﷺ: يُنْظَرُ بكم تُشْتَرىٰ قبلَ استعمالِها، وبكم تُشْتَرىٰ بعدَ استعمالِها، فيَجِبُ عليه نُقْصَانُ ذلك.

قال أبو نصر: فذكرْتُ قولَ نُصَيْرٍ لمحمَّدِ بنِ سلمةَ، فرجَعَ[3] إلىٰ قولِه». كذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٦٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «يَرْجع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع

قَالَ: وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ؛ ضَمِنَهُ، وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ: «الْمُخْتَصَرِ»: «وَإِذَا هَلَكَ الْغَصْبُ» وَالْمَنْقُولُ هُوَ الْمُرَادُ لِمَا سَبَقَ أَنَّ الْغَصْبَ فِيمَا يُنْقَلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ السَّابِقِ إِذْ هُوَ السَّبَبُ. وَعِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ الْقِيمَةُ، أَوْ تَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ، ولِذَلِكَ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الغَصْبِ.

غاية البيان

في «النوازل». واعتمَد في «الواقعات الحُسامِيَّة» على قولِ محمَّدِ بنِ سلمةَ ﷺ، ولم يَذْكُرْ قولَ نُصَيْرٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا هَلَكَ النَّقْلِيُّ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ؛ ضَمِنَهُ، وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ «الْمُخْتَصَرِ»: «وَإِذَا هَلَكَ [٦٤/٧و/م] الْغَصْبُ»)، أي: المَغْصُوبُ، والمرادُ منه المنقولُ أيضًا؛ لأن الغَصْبَ لا يُتَصَوَّرُ في غيرِ المنقولِ؛ وذلك لأن المَغْصُوبَ مَضْمُونٌ عليه بمجرَّدِ الغَصْبِ على معنى أنه يَجِبُ رَدُّه إن كان قائمًا، ومِثْلُه في المِثْلِيِّ إن كان هالكًا، وقيمتُه إن لم يَكُنْ مِثْلِيًّا، فإذا كان الضَّمَانُ بِالغَصْبِ؛ تقرَّر الضَّمَانُ بالهلاكِ، فلَمْ يتفاوَتْ بينَ أن يَكُونَ هلاكُه بِفِعْلِه أو بغيرِ فِعْلِه، ولهذا وجَبَ عليه قيمتُه يومَ الغَصْبِ.

قولُه: (وَعِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ الْقِيمَةُ، أَوْ تَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ السَّبَبُ)، أي: تتقرَّرُ القِيمَةُ، وإنما ذكرَ كلامَه بالترديدِ بناءً على ما ذكرَ قبلَ هذا مِن اختلافِ المشايخِ في المُوجِبِ الأَصْلِيِّ، فقولُه: (وَعِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ رَدِّهِ يَجِبُ الْقِيمَةُ)، إشارةً إلى قولِ مَن قال: «المُوجِبُ الأَصْلِيُّ رَدُّ العينِ، والقِيمَةُ مَخْلَصٌ». وقولُه: (أَوْ تَتَقَرَّرُ القِيمَةُ)، إشارةٌ إلى قولِ مَن قال: «المُوجِبُ الأَصْلِيُّ القِيمَةُ»، يعني: على

في: «النوازل من الفتاوى» لأبي الليث السمرقَنْدِيّ [ق١٦٥/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ جَمِيعَ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ

تقديرِ هلاكِ العينِ تقرَّرتِ القِيمَةُ عليه كما كانت.

قولُه: (وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ[1] النُّقْصَانَ)، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ ﷺ[2]، أي: إذا ردَّ المَغْصُوبَ بعدَما نقصَ في يدِه؛ يَلْزَمُهُ النُّقْصَانُ أيضًا إذا كان في بدنِه؛ لأن ضمانَ الغَصْبِ يَتَعَلَّقُ بالقبضِ، والأَتْباعُ يُمْكِنُ إفرادُها بالقبضِ، فجاز إفرادُها بِالضَّمَانِ، ولا يُشْبِهُ هذا ضمانَ البَيْعِ؛ لأن المَبِيعَ مَضْمُونٌ بالعقدِ، والأَتْباعُ لا يُمْكِنُ إفرادُها بالعقدِ، فلهذا لا تُضْمَنُ، حتَّىٰ لو فات مِن أوصافِ المَبِيعِ، وإنْ فحَش قبلَ قبْضِ المُشْتَرِي لا يَسْقُطُ بمقابلَتِه شيءٌ مِن الثمنِ، حتىٰ إذا باع جاريةً، فاعْوَرَّتْ عيْنُها قبلَ القبضِ؛ كان المُشْتَرِي بالخيارِ: إن شاء أمضىٰ البَيْعَ، وإن شاء فسَخَ؛ لفواتِ الوصفِ المرغوبِ.

فإن أمضىٰ: أَدَّىٰ تمامَ الثمنِ، ولا يُمْسِكُ مِن الثمنِ شيئًا بمقابلةِ العينِ الفائتةِ، وكذلك لا يَضْمَنُ الغَاصِبُ إذا رَدَّ العينَ في مكانِ الغَصْبِ ما نقصَ في [٣/٧٥و] السعرِ؛ لأنَّ[3] شيئًا في ذاتِ المَغْصُوبِ لم يتَغَيَّرْ ولم يَفُتْ، فالذاتُ بحالِه، وإنما تَرَاجَع السعرُ، وذلك ـ فُتُورُ رغباتِ الناسِ في العينِ ـ أحدَثه اللهُ تعالىٰ في قلوبِ العبادِ، فلا يُوجِبُ ذلك تغييرَ الأحكامِ.

فأمَّا إذا نقصَ السعرُ بسببِ اختلافِ المكانِ، فإن كان السعرُ في هذا المكانِ أقلَّ مِن السعرِ في مكانِ الغَصْبِ؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ: إن شاء أَخَذ قِيمَةَ العينِ حيث غَصَبه وَقْت الغَصْب؛ لأنه صار مضمونًا عليه وَقْتَ القبضِ، وإنْ شاء انتظَر[4]؛

---

(١) وقع بالأصل: «ضمان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ١٢٩].

(٣) وقع بالأصل: «لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) أي: إلىٰ الذهاب إلىٰ ذلك المكان. كذا جاء في حاشية: «م»، و«ن».

بِالْغَصْبِ، فَمَا تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ، بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ إِذَا رَدَّ فِي مَكَانِ الْغَصْبِ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ الرَّغَبَاتِ دُونَ فَوْتِ الْجُزْءِ، ....

غاية البيان

كَيْلَا يَتَضَرَّرَ لنقْصٍ وُجِدَ مِن جهةِ الغَاصِبِ، وهو النقلُ مِن مكانٍ إلىٰ مكانٍ؛ لأنَّ قِيَم الأشياءِ [٦٤/٧ط/م] تَنتَقِصُ وتزْدَادُ باختلافِ الأماكنِ. كذا في «**الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ**»(١).

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: **(وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبَوِيِّ)**، أي: مرادُ القُدُورِيِّ، وتضمينُ النُّقْصَانِ معَ أَخْذِ العينِ في غيرِ الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ التي لا يَجُوزُ بَيْعُه بجنسِها متفاضلًا؛ لأنه إذا كان المَغْصُوبُ مِن الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ؛ لا يَجُوزُ له تضمينُ النُّقْصَانِ إذا أَخَذَ العينَ؛ احترازًا عن الرِّبا.

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «**مختصره**»: «فأمَّا ما نقصَ في يدِه: فإنه إذا كان قائمًا فردَّه؛ ضَمِن ما نقَصَهُ في بدنِه، ولا يَضْمَنُ إذا رَدَّه ما نقصَ مِن السعرِ؛ لأنه قد ردَّ ما قبَضَه بهيئتِه، فإنْ رَدَّه وفي بدنِه نُقْصَانٌ، أوْ في أوصافِه ومعناه ممَّا يَكُونُ عيبًا فيه لشيءٍ دخَلَه في يدِ الضَّامِنِ؛ فعليه رَدُّ ما نقَصَ مِن قيمَتِه يومَ صار في يدِه يُقَوَّمُ صحيحًا لا عَيْبَ فيه، ويُقَوَّمُ وبه العيبُ، فيُنْظَرُ ما نقَصه العيبُ مِن قيمتِه، فيَضْمَنُ قَدْرَ ذلك لصاحبِه إذا كان ممَّا يَجُوزُ بَيْعُه بجنسِه متفاضلًا.

وإن كان ممَّا لا يَجُوزُ بَيْعُه بجنسِه متفاضلًا، مِثْلُ أنْ يَغْصِبَه حِنْطَةً، فيَصُبُّ فيها [ماءً](٢) أوْ غيرَ ذلك مِن الحبوبِ، أوْ يَغْصِبُه إناءَ فضَّةٍ، أو دراهمَ، أو دنانيرَ، فتهَشَّم الإناءُ في يدِه، أوْ تكَسَّرَ الدراهمُ، فتصيرُ غَلَّةً، أو الدنانيرُ فتصيرُ قُرَاضةً؛ فإنَّ صاحبَ ذلك بالخيارِ: إن شاء أخذَ ذلك لا شيءَ له غيرُه، وإن شاء تركَه وضَمَّنَهُ مِثْلَهُ.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيَّة» [٤٠٣/٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَبِخِلَافِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ عَقْدٍ. أَمَّا الْغَصْبُ فَقَبْضٌ وَالْأَوْصَافُ تُضْمَنُ بِالْفِعْلِ لَا بِالْعَقْدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

قَالَ ﷺ: وَمُرَادُهُ غَيْرُ الرِّبَوِيِّ، أَمَّا فِي الرِّبَوِيَّاتِ لَا يُمْكِنُهُ تَضْمِينُ النُّقْصَانِ مَعَ اسْتِرْدَادِ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ [١٥١/و] يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا.

وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الْغَلَّةُ، فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ؛ لِمَا بَيَّنَّا وَيَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ.

غاية البيان

وإنْ كان إناءَ فضةٍ؛ فهو بالخيارِ: إن شاء أخَذَه بعَيْنِه، ولا شيءَ له غيرَ ذلك، وإن شاء ضَمَّنَه قيمتَه مِن الذهبِ، وإن شاء أخَذ قيمتَه مِن الفضَّةِ، وكذلك يَلْزَمُهُ للصُّفْرِ، والنُّحَاسِ، والشَّبَهِ[1]، والرَّصَاصِ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ [في «مختصره»][3].

قولُه: (**وَبِخِلَافِ الْمَبِيعِ**)، عطفٌ علىٰ قولِه: (**بِخِلَافِ تَرَاجُعِ السِّعْرِ**)، يعني: لا يَجِبُ ضمانُ النُّقْصَانِ فيهما، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (**وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ** [٣/٧٥ظ] **فَنَقَصَتْهُ الْغَلَّةُ؛ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ**)، هذا لَفْظُ الصدرِ الشهيدِ حُسامِ الدِّينِ ﷺ في «**الجامع الصغير**».

وتمامُ لَفْظِه فيه: ويتصدَّقُ بالغَلَّةِ[4]، وقد ذَكَرْنا لَفْظَ أصلِ «**الجامع الصغير**» عندَ **قولِه:** (**وَإِذَا انْتَقَصَ بِالزِّرَاعَةِ يَغْرَمُ النُّقْصَانَ**)، وقولُه: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**لِأَنَّهُ دَخَلَ جَمِيعُ أَجْزَائِهِ فِي ضَمَانِهِ بِالْغَصْبِ**). ويَجُوزُ أن يَكُونَ إشارةً إلىٰ

---

(١) الشَّبَهُ: هو النُّحاسُ الأصفر. جمعه: أَشْبَاه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٣١١/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٥٣٥].

قَالَ رحمه الله: وَهَذَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَعِنْدَهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِالْغَلَّةِ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَجَّرَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُسْتَعَارَ. لِأَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ حَصَلَ فِي ضَمَانِهِ وَمِلْكِهِ. الضَّمَانُ ظَاهِرٌ، وَكَذَا الْمِلْكُ؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا عِنْدَنَا. وَلَهُمَا: أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ،

غاية البيان

قوله: (لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْبَعْضَ).

اعلم: أن الغَاصِبَ إذا آجَرَ العبدَ المَغْصُوبَ؛ فالأجرُ للغَاصِبِ عندَنا.

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله: إن الأجرَ للمَغْصُوبِ منه[1]، وهي فرْعُ مسألةِ إتلافِ المَنَافعِ؛ لأنَّ المَنَافعَ عندَه مُتقوِّمةٌ.

وعندَنا: تتَقَوَّمُ بالعقدِ، والعقدُ وُجِدَ مِن الغَاصِبِ. كذا ذكَر الإمامُ فخْرُ الدِّينِ قاضي خان رحمه الله في «**شرح الجامع الصغير**»[2].

وتحقيقُه: أن المَنَافعَ [٧/٦٥و/م] لا قِيمَةَ لها، وإنما تتَقَوَّمُ بالعقدِ، والعقدُ وُجِدَ مِن الغَاصِبِ، فكانتِ الأُجْرَةُ له، ولكنْ هل تَطِيبُ الأُجْرَةُ للغَاصِبِ؟ فعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ رحمهما الله وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ الآخرِ: لا يَطِيبُ، ويُؤْمَرُ بالتصدُّقِ، وعلىٰ قولِه الأوَّلِ: يَطِيبُ له ولا يَتَصَدَّقُ. هكذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ قولَه الأوَّلَ والآخَرَ في «**شرح الجامع الصغير**».

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: ما رُوِيَ أن النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عن رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ[3]، وهذا رِبْحُ ما هو مَضْمُونٌ، فيَطِيبُ له.

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣١٠]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢٠١].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٧].

(٣) مضىٰ تخريجه.

وَمَا هَذَا حَالُهُ فَسَبِيلُهُ التَّصَدُّقُ، إِذِ الْفَرْعُ يَحْصُلُ عَلَى وَصْفِ الْأَصْلِ وَالْمِلْكُ الْمُسْتَنِدُ نَاقِصٌ فَلَا يَنْعَدِمُ بِهِ الْخُبْثُ. فَلَوْ هَلَكَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ حَتَّى ضَمِنَهُ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْخُبْثَ لِأَجْلِ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا لَوْ أَدَّى إِلَيْهِ يُبَاح لَهُ التَّنَاوُلُ فَيَزُولُ الْخُبْثُ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ، **بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ وَغرِمَهُ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ**؛ لِأَنَّ الْخُبْثَ مَا كَانَ لِحَقِّ الْمُشْتَرِي إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ؛

غاية البيان

وَوجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ: أنه استفادَه بسببٍ خبيثٍ؛ لأنه حصلَتْ له الأُجْرَةُ بواسطةِ التَّصَرُّفِ في مِلْكِ الغيرِ، والتَّصَرُّفُ في مِلْكِ الغيرِ حرامٌ، فكان خبيثًا، وحُكْمُهُ التَّصَدُّقُ، فعُدِمَ الضَّمَانُ لما أوجبَ التَّصَدُّقَ معَ وجودِ المِلْكِ، كما في كَسْبِ المَبِيعِ قبلَ القبضِ، فعَدمُ المِلْكِ أَوْلَى أنْ يُوجبَهُ.

وإنْ مات العبدُ المَغْصُوبُ مِن عملِ الغَاصِبِ، أوْ مِن غيرِ عمَلِه، حتَّى وجبَتِ القِيمَةُ عليه، فلِلغَاصِبِ أنْ يَسْتَعِينَ بِالغَلَّةِ في ضمانِ القِيمَةِ، فإنْ بَقِيَ شيءٌ منه يتصَدَّقُ به. هكذا ذكَر الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»، ولم يفصِلْ بينَ ما إذا كان المَغْصُوبُ منه فقيرًا أو غَنِيًّا، وإن كان سبيلُ هذا المالَ التصدُّقَ قبلَ هذا إذا كان فقيرًا، وإنْ كان غنيًّا: ففيه روايتانِ.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ **في «شرح الكافي»**: «والصحيحُ أنه يَجُوزُ الصرفُ إلى المالكِ، وإن كان غنيًّا عِوَضًا عن الهالكِ؛ لأنَّ الخُبْثَ كان لحقِّ المالكِ، فيَزُولُ بالصرفِ إلى المالكِ».

قولُه: (**بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ وَغَرِمَهُ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ** [إِلَيْهِ][1])، يتعلَّقُ بقولِه: (**فَلَوْ هَلَكَ الْعَبْدُ فِي**

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَىٰ حَاجَةِ نَفْسِهِ. فَلَوْ أَصَابَ مَالًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

غاية البيان

يَدِ الْغَاصِبِ حَتَّىٰ ضَمِنَهُ؛ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِالْغَلَّةِ فِي أَدَاءِ الضَّمَانِ).

يعني: إذا هلك العبدُ المَغْصُوبُ في يدِ المُشْتَرِي؛ يَضْمَنُ[(١)] القِيمَةَ لربِّ العبدِ، يَرْجِعُ بالثمنِ على الغَاصِبِ البَائِعِ؛ لأنه أخَذَه بغيرِ حقٍّ، ولا يَسْتَعِينُ البَائِعُ في أداءِ الثمنِ بِالغَلَّةِ الحاصلةِ قبلَ البَيْعِ.

وفي المسألةِ الأُولَى: يَسْتَعِينُ الغَاصِبُ [٣/٧٦و] بِالغَلَّةِ في أداءِ الضَّمَانِ، وهنا لا يَسْتَعِينُ بها إلا ألَّا يَكُونُ عندَه ما يُؤَدِّي، فلا بأسَ حينَئِذٍ أنْ يُؤَدِّيَ مِن الغَلَّةِ.

والفرقُ: أن في المسألةِ المتقدِّمَةِ: كان الخُبْثُ لحقِّ المالكِ، فيزولُ بالصرفِ إليه، وهنا: [إنَّ][(٢)] الخُبْثَ ما كان لحقِّ المُشْتَرِي حتَّى يَزُولَ بالصرفِ إلى المُشْتَرِي، إلا إذا كان الغَاصِبُ فقيرًا؛ لأنه يَصْرِفُهُ إلى نفسِه معنًى بإسقاطِ الضَّمَانِ عن نفسِه.

قولُه: (فَلَوْ أَصَابَ مَالًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ)، يعني: إنْ أصاب مالًا بعدَ أنْ صرفَ الغَلَّةَ عن الضَّمَانِ؛ تَصَدَّقَ [٧/٦٥ظ/م] بمِثْلِه، إن كان استهلكَ الثمنَ يومَ استهلَكَ الثمنَ وهو عنه غَنِيٌّ، وإن كان محتاجًا يومَ استهلَكَ الثمنَ؛ لم يَكُنْ عليه أن يتصَدَّقَ بشيءٍ مِن ذلك[(٣)]. كذا ذكَر الحاكمُ في «الكافي».

وإنما لم يتصَدَّقْ بمثلِه إذا كان فقيرًا يومَ استهلَكَ الثمنَ؛ لأنه وقَع مَوْقِعَه؛ لأنه بأداءِ الأجرِ سَلِمَ له ما استهلكَ مِن الثمنِ، فيَكُونُ سلامةُ ما استهلك كسلامةِ الأجْرِ، ويُبَاحُ له الأجرُ إذا كان فقيرًا، وإنْ كان غنيًّا لزِمَه التَّصَدُّقُ بمثلِه؛ لأنه

(١) وقع بالأصل: «فضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٤].

لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا، فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ، ثُمَّ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافٍ؛ فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ وَهَذَا عِنْدَهُمَا

استهلَك مالًا كان واجبَ التَّصدُّقِ، فلَزِمَهُ الضَّمَانُ، ويتصَدَّقُ به، ثم شرطَ أن يَكُونَ فقيرًا يومَ الاستهلاكِ؛ لأنه صرَفه إلىٰ نفسِه في ذلك الوقتِ، لا يومَ القُدرةِ علىٰ المِثْلِ.

قولُه: (وَقْتَ الِاسْتِعْمَالِ)، أي: وَقْتَ استهلاكِ الثمنِ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ).

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أَلْفًا، فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ، ثُمَّ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ جَارِيَةً، فَبَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافٍ؛ فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِجَمِيعِ الرِّبْحِ)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ غَصَبَ ألفَ درهمٍ، فاشترىٰ بها جاريةً، فباعها بألفَيْنِ، ثم اشترىٰ بالألفَيْنِ جاريةً، وباعها بثلاثةِ آلافِ درهمٍ، بكم يتصَدَّقُ؟ قال: بجميعِ الرِّبْحِ، وقال: إذا اشترىٰ الغَاصِبُ بألفِ درهمٍ جاريةً تُساوي ألفَيْنِ، فوهَبها، أوْ كان طعامًا فأكَلَه؛ لم يتصَدَّقْ بشيءٍ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وأصلُ هذا: أن المُودَعَ أو الغَاصِبَ إذا تصرَّف في الوَدِيعَةِ، أو المَغْصُوبِ وَرَبِحَ؛ فعندَهما: يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِالرِّبْحِ.

وعندَ أبي يوسفَ ﷺ: يَطِيبُ له الرِّبْحُ، ولا يتصَدَّقُ به، ولكن هذا قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، مَرَّ ذلك في المسألةِ المتقدِّمةِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤١٠].

....

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الرِّبْحَ حَصَلَ على مِلْكِه وضمانِه، فيَطِيبُ له، كالمَبِيعِ يُكْسَبُ بعدَ القبضِ.

أَمَّا الضَّمَانُ: فظاهرٌ. وأمَّا المِلْكُ: فلأنه يَمْلِكُ المَغْصُوبَ مِن وَقْتِ الغَصْبِ بطريقِ الاستنادِ إذا ضَمِنَه.

ووَجْهُ قولِهما: أن طِيبَ الرِّبْحِ يَنْبَنِي على المِلْكِ والضَّمَانِ، وقد تمكَّن الخللُ في المِلْكِ؛ لأن المَغْصُوبَ لا [٣/٧٦ظ] يُمْلَكُ بالتعدِّي؛ لأنه ليس من أسبابِ المِلْكِ، بل يُمْلكُ عندَ أداءِ الضَّمَانِ مستندًا إلى وقتِ الغَصْبِ، والمستندُ ثابتٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، فكان المِلْكُ ثابتًا من وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، فإذا اختلَّ الضَّمَانُ؛ لا يَطِيبُ له الرِّبْحُ، فلَأَنْ لا يَطِيبَ له الرِّبْحُ إذا اختلَّ المِلْكُ بالطريقِ الأَوْلَى؛ لأن المِلْكَ فوقَهُ.

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀ في «شرح الجامع الصغير»: «وهذا واضحٌ فيما يتعَيَّنُ بالإشارةِ إليه.

فأمَّا في الدراهمِ والدنانيرِ: فقد ذكر في الكتابِ: إذا اشترى بها يتصَدَّقُ بالرِّبْحِ، وظاهرُ هذه العبارةِ [٧/٦٦و/م] يدلُّ على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقَدَ منها.

وكان الكَرْخِيُّ يَقُولُ في المسألةِ: إن ذلك على أَوْجُهٍ: إمَّا أن يُشيرَ إليها ويَنْقُدَ منها، وإمَّا أن يُشيرَ إليها ويَنْقُدَ مِن غيرِها، وإمَّا أن يُطْلِقَ إطلاقًا ويَنْقُدَ منها، أوْ يشيرَ إلى غيرِها ويَنْقُدَ منها، وفي كلِّ ذلك يَطِيبُ إلَّا أن يُشيرَ إليها ويَنْقُدَ منها.

قال: لأن الإشارةَ إليها لا تُفيدُ التعيينَ، فيَسْتَوِي وجودُها وعدمُها، إلَّا أن يتأكَّدَ بالنقدِ منها».

ثم قال فخرُ الإسلامِ ﵀: «وقال مشايخُنا ﵏: بل لا يَطِيبُ بكلِّ حالٍ أن يَتَنَاوَلَ مِن المُشْتَرَى قبلَ أَنْ يَضْمَنَ، وبعدَ الضَّمَانِ لا يَطِيبُ الرِّبْحُ بكلِّ حالٍ،

وَأَصْلُهُ أَنَّ الْغَاصِبَ أَوْ الْمُودِعَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَغْصُوبِ أَوْ الْوَدِيعَةِ وَرَبِحَ لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ عِنْدَهُمَا، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ.

وَجَوَابُهُمَا فِي الْوَدِيعَةِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنِدُ الْمِلْكُ إِلَى مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ؛

وإطلاقُ الجوابِ ههنا، وفي المُضَارَبةِ، و«**الجامع الكبير**»: دليلٌ على هذا القولِ».

قال: «وهو المختارُ، وذلك لأنه إذا نَقَدَ منها ولم يُشِرْ فسلامةُ المَبيعِ حصلَتْ بهذه الدراهمِ، فأمَّا أنْ يَصيرَ عَينُها عِوَضًا فلا[1]، فتبَتَتْ شُبْهَةُ الخُبْثِ[2]، وإنْ أشار إليها، وَنَقَدَ[3] مِن غيرِها، فإعلامُ جنسِ الثمنِ وقَدْرِه حصَلَ بهذه الإشارةِ، فكان للعقدِ تعَلُّقٌ بها، فتَمَكَّن شُبْهَةُ الخُبْثِ أيضًا، والتَّصَدُّقُ إنما يَجِبُ عندَ تمَكُّنِ الشُّبْهَةِ، وقد تمَكَّنَتِ الشُّبْهَةُ بكلِّ حالٍ، فاستوتِ الوجوهُ كلُّها في الخُبْثِ والحُرمةِ، فيتصَدَّقُ بِالرِّبْحِ، وهو ألفانِ، ويَرُدُّ الألفَ على المَغْصُوبِ منه.

وأمَّا إذا وهبَ الجاريةَ المُشتراةَ بالألفِ المَغْصُوبِ، أوْ أكَلَ الطعامَ؛ لا يَجِبُ التَّصَدُّقُ بشيءٍ، بل يَرُدُّ مثلَ ما غَصَبَ؛ لأنَّ الرِّبْحَ لا يَظْهَرُ إلا عندَ اتِّحادِ الجنسِ، بأن يَصِيرَ الكلُّ دراهمَ، ولم يَصِرْ، فلم يَظْهَرِ الرِّبْحُ، ولأن التَّصدُّقَ إنما وجَبَ لمكانِ شُبْهَةِ الخُبْثِ، والشُّبْهَةُ تُوجِبُ التَّصدُّقَ، ولا تُوجِبُ الضَّمَانَ، ولو ثبَتَ التَّصَدُّقُ بعدَ الاستهلاكِ بِالهِبَةِ أوْ بالأكلِ؛ لم يَثْبُتْ إلَّا بواسطةِ التضمينِ، ولا سبيلَ إلى التضمينِ»[4]. كذا قال فخرُ الإسلامِ وغيرُه.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ)، أي: في المسائلِ المتقدِّمةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «يصير عوضًا عنها أولًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «الخبيث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) جميع ما مضى مِن تلك الأفعال: «نقَد» و«ينقُد». وقع بالأصل: «نفذ» و«ينفذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٤) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ص٢٨٥].

لِانْعِدَامِ سَبَبِ الضَّمَانِ فَلَمْ يَكُنْ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالإِشَارَةِ، أَمَّا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالثَّمَنَيْنِ فَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: اِشْتَرَىٰ بِهَا: إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّ التَّصَدُّقَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا اِشْتَرَىٰ بِهَا وَنَقَدَ مِنْهَا الثَّمَنَ. أَمَّا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ نَقَدَ مِنْهَا وَأَشَارَ إِلَىٰ غَيْرِهَا أَوْ أَطْلَقَ إِطْلَاقًا وَنَقَدَ مِنْهَا يَطِيبُ لَهُ، [١٥١/ظ] وَهَكَذَا قَالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِذَا كَانَتْ لَا تُفِيدُ التَّعْيِينَ لَا بُدَّ أَنْ يَتَأَكَّدَ بِالنَّقْدِ لِيَتَحَقَّقَ الْخُبْثُ. وَقَالَ مَشَايِخُنَا ﷺ: لَا يَطِيبُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَ، وَكَذَا بَعْدَ الضَّمَانِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِإِطْلَاقِ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعَيْنِ وَالْمُضَارَبَةِ.

قَالَ: وَإِنْ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفِ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَوَهَبَهَا[١] **أَوْ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا؛** لِأَنَّ الرِّبْحَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ الْجِنْسِ[٢]، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (ثُمَّ هَذَا ظَاهِرٌ)، أي: عدمُ طِيبِ الرِّبْحِ فيما يَتَعَيَّنُ بالإشارةِ. يَعْنِي: إذا كان المَغْصُوبُ عُرُوضًا، واستفاد بها ربْحًا لا يَطِيبُ له.

قولُه: (كَالثَّمَنَيْنِ)، أي: كالدراهمِ والدنانيرِ.

---

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: فوطئها».

(٢) فِي حاشية الأَصْل: «خ: عِنْدَ اتحاد الجنس».

فَصْــلٌ
فِيمَا يَتَغَيَّرُ بِعَمَـلِ الْغَاصِبِ

قَالَ: وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ، حَتَّىٰ زَالَ اسْمُهَا وَأَعظَمُ مَنَافِعِهَا؛ زَالَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا، وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا، أَوْ طَبَخَهَا، أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا، أَوْ حَدِيدًا، فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا، أَوْ صُفْرًا فَاتَّخَذَهُ آنِيَةً وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا.

[٣/٧٧و]

فَصْــلٌ
فِيمَا يَتَغَيَّرُ بِعَمَـلِ الْغَاصِبِ

لَمَّا ذكَر حقيقةَ الغَصْبِ لغةً وشريعةً، وحُكْمَ ذلك مِن وجوبِ رَدِّ العينِ، أو المِثْلِ، أو القِيمَةِ، ووجوبَ التَّصَدُّقِ بِالرِّبْحِ على الاختلافِ: ذكَر في هذا الفصلِ ما إذا تغيَّرَ المَغْصُوبُ بعملِ الغَاصِبِ، بحيثُ زالَ اسمُ المَغْصُوبِ، وأعظمُ المَنَافِعِ، فهل يَمْلِكُ الغَاصِبُ ذلك أمْ لا؟ وهل يَحِلُّ له التناولُ بعدَ ذلك أم لا؟ لأنه عارِضٌ، فناسبَ أنْ يُذْكَرَ بعدَ ذلك.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ [٧/٦٦ظ/م] الْغَاصِبِ، حَتَّىٰ زَالَ اسْمُهَا وَأَعظَمُ مَنَافِعِهَا؛ زَالَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا، وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ وَضَمِنَهَا، وَلَا يَحِلُّ [لَهُ][١] الِانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا، كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا، أَوْ طَبَخَهَا، أَوْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا، أَوْ حَدِيدًا، فَاتَّخَذَهُ سَيْفًا، أَوْ صُفْرًا فَاتَّخَذَهُ آنِيَةً)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[٢].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٩].

. . . .

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀: «وإذا غَصَبَ حِنْطَةً فطَحَنَها؛ فإن أبا حَنِيفَةَ ومحمَّدًا ﵄ قالا: لا سبيلَ لربِّ الحِنْطَةِ على الدَّقِيقِ. وكذا رَوَىٰ الحسنُ ابنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ ﵁: وعلى الغَاصِبِ حِنطةٌ مِثْلُ الحِنْطَةِ التي غَصَبَ.

وقال ابنُ سَمَاعَةَ عن أبي يوسفَ ﵀: لا يَأْخُذُ المَغْصُوبُ منه الدَّقِيقَ مكانَ الحِنْطَةِ، لكنْ أَبِيعُ الدَّقِيقَ، واشتري له حِنْطَةً مثلَ حِنْطَتِه، وهو أحقُّ بذلك مِن جميعِ الغُرَماءِ إنْ مات الغَاصِبُ؛ لأنه شَيْئُه، وهو أحقُّ به مِن غيرِه، وكذلك لو غَصَبه دقيقًا فخَبَزَه، أوْ غزْلًا فنَسَجَه، أوْ قُطْنًا فغَزَلَه ونسَجَه، فهو مثلُ ذلك يُبَاعُ له ذلك، فيُعْطَىٰ مثلَ قُطْنِه، ومثلَ طعامِه إنْ أبَىٰ الغَاصِبُ أنْ يَدْفَعَ إليه ذلك.

ورَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ ﵁ عنه في موضعٍ آخرَ: أن ربَّ الحِنْطَةِ بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَه حِنْطَةً مثلَ حِنْطَتِه ودَفَع إليه الدَّقِيقَ، وإن شاء أخَذ ذلك الدَّقِيقَ، وأبرأَ الطاحنَ؛ لأنه متاعُه بعَيْنِه. أستقْبِحُ أنْ يَجِيءَ رَجُلٌ مُعْدَمٌ إلىٰ أكْرارٍ لرَجُلٍ فيطْحَنُه، ثم يَهَبُهُ لابنٍ له صغيرٍ، ولا يَكُونُ لربِّ الطعامِ علىٰ الدَّقِيقِ سبيلٌ.

قال: أُخالفُ أبا حَنِيفَةَ في هذا، وأجعَلُه بالخيارِ علىٰ ما وَصَفْتُ، وكذلك إنْ وهَبَهُ الغَاصِبُ، أو باعَه، أو تصَدَّق به، فإن ذلك كلَّه باطلٌ، ولرَبِّ الطعامِ أنْ يَأْخُذَ شَيْئَهُ بعَيْنِه.

وكذلك لو غصَب لحمًا فشَوَاه، أوْ طَبَخَه، وكذلك لو غَصَبَه سِمْسِمًا، أوْ زيتونًا فعَصَره، وكذلك لو غَصَبه تُرابًا فلَبَّنَه، أو طبَخَه آجُرًّا، أو اتَّخَذ منه آنيةَ الخَزَفِ، أو جعَله حَبابًا[1]. قال: فإن لم يَكُنْ للتُّرابِ ثمنٌ؛ فلا شيءَ عليه، ولا بأسَ بأنْ يَنتَفِعَ به.

---

(١) لعله يقصد بها جَمْع: الحُبّ ـ بالضَّمِّ ـ وهي الجَرَّةُ صغيرةً كانت أوْ كبيرةً، أوْ هي الضَّخْمَة منها. والجمعُ: حِبابٌ، وأحْبابٌ، وحِبَبَة، كقِرَدَة. ينظر: «الطراز الأول» لابن معصوم [٣٨٠/١].

....

فإنْ غصَبَ طعامًا فزرعه، فإنَّ عليه مثلَه في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ: يَتَصَدَّقُ بفَضْلِه. وفي قولِ أبي يوسفَ ﷺ: لا يتصدَّقُ بفَضْلِه، ولا بأسَ أنْ يَنْتَفِعَ [٣/٧٧ظ] به قبلَ أن يُرْضِيَ صاحبَه، وكذلك نَوىٰ غَرْسَه واتَّخَذ منه نخلًا؛ فهو ضامنٌ لقيمَتِه. قال: وكذلك صنوفُ الشجرِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ ومحمدٌ ﷺ في الحِنْطَةِ إذا طحَنها وما أشبَه ذلك: أنا أكرَهُ أنْ يَنْتَفِعَ به حتَّىٰ يُرْضِيَ صاحبَه، وهو أيضًا قولُ أبي يوسفَ ﷺ في القولِ الذي قال: لا سبيلَ له عليه، وعليه حِنْطَةٌ مثلُ حَنْطتِه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «**مختصره**».

وكذلك لو غصَب بيضًا فحَضَنه، فصار دَجاجًا، أوْ غصَب زيتًا فجَعله في بَزْرٍ له كثيرٍ، فغلَب عليه البَزْرُ فصار بَزْرًا، أوْ غصَب عُصْفرًا فصبَغَ به [٧/٦٦و/م]، فلا سبيلَ لصاحبِ هذه الأشياءِ علىٰ شيءٍ ممَّا ذكرْتُ لك، ولكن يَضْمَنُ الغَاصِبُ حقَّه الذي غَصَبَه إيَّاهُ، ولا شيءَ له غيرَ ذلك[2]. كذا ذكَر الكَرْخِيُّ ﷺ في «**مختصره**» أيضًا.

قال القُدُورِيُّ ﷺ في «**شرْحه**»: «وجملةُ هذا: أن الغَاصِبَ إذا أزال الاسمَ وعامةَ المَنَافعِ المباحةِ مِن العينِ بزيادةٍ مِن جهَتِه؛ زال مِلْكُ المالكِ عن العينِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، وملَكَها الغَاصِبُ بِالضَّمَانِ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ ﷺ ثلاثُ رواياتٍ.

منها: روايةُ ابنِ سَمَاعَةَ ﷺ: أن حقَّ المالكِ لا يَنْقَطِعُ، ولكنَّ مِلْكَه يَزُولُ، وتُباعُ له العينُ في دَيْنِه.

وروايةُ ابنِ سَمَاعَةَ أيضًا: أن له أنْ يأخُذَ الدَّقِيقَ، ويُبْرِئَ الغَاصِبَ عن الضَّمانِ، ورَوَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عنه مثلَ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وكذلك رواه بِشْرٌ ﷺ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٣، ٣١٤/ داماد].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

. . . .

قال أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ: وهو عندي قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، وقال الشَّافعيُّ رضي الله عنه: لا يَزُولُ مِلْكُ المالِكِ[1]»[2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ رحمه الله.

وقال في «الطريقة البرهانية»: «وأجمَعوا علىٰ أنه إذا هبَّتِ الريحُ علىٰ حِنْطَةِ إنسانٍ، فألقَتْها في طاحونةِ الغيرِ حتَّىٰ صارَتْ دقيقًا؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ».

وَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ رضي الله عنه: أن جزاءَ الدَّقِيقِ تفرَّعَتْ عن أصْلٍ مملوكٍ للمالكِ؛ لأن هذه الأجزاءَ عيْنُ تلك الأجزاءِ، إلا أنها كانت مجتمعةً فتفَرَّقَتْ، فلا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ بفِعْلِ الغَاصِبِ؛ لأن فِعْلَه محظورٌ؛ لكونِه عدوانًا محْضًا، والمَحْظُورُ لا يَصْلُحُ سببًا للمِلْكِ الذي هو نعمةٌ مِن اللهِ تعالىٰ؛ لأن سببَ المِلْكِ يَجِبُ أنْ يَكُونَ مباحًا أو مندوبًا، ولم يُوجَدْ.

ولنا: ما رَوَىٰ أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه في «مسنده»: عن عَاصِمِ بْنِ كُلَيْبٍ الجَرْمِيِّ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَىٰ رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ زَارَ قَوْمًا مِنَ الْأَنْصَارِ فِي دَرَاهِمْ، فَذَبَحُوا لَهُ شَاةً، وَصَنَعُوا لَهُ طَعَامًا مِنْهَا. قَالَ: فَأَخَذَ مِنَ اللَّحْمِ شَيْئًا يَأْكُلُهُ، فَمَضَغَهُ سَاعَةً لَا يُسِيغُهُ، فَقَالَ: «مَا شَأْنُ هَذَا اللَّحْمِ؟». فَقَالُوا: شَاةُ فُلَانٍ، ذَبَحْنَاهَا حَتَّىٰ يَجِيءَ صَاحِبُهَا فَنُرْضِيهِ مِنْ ثَمَنِهَا. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**أَطْعِمُوهَا** [٣/٧٨و] **الْأُسَارَىٰ، أَوِ الْأَسْرَىٰ**»[3].

وقال الشيخُ أبو الحسن الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «وأصلُ هذا البابِ

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٢٩]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٥/٤٦٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٢٧]، ومن طريقه الطبراني في «المعجم الكبير» [٢/١٦٨]، وكذا أبو نعيم في «مسند أبي حنيفة» [ص/١٨٩]، من طريق عَاصِمِ بْنِ كُلَيْبٍ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِي مُوسَىٰ رضي الله عنه به.

....

الذي عملَ عليه أصحابُنا: الحديثُ الذي رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، رَواه أبو يوسفَ ﷺ واحتجَّ به، ورواه محمَّدٌ ﷺ واحتجَّ به، ورَواه الحسنُ بنُ زيادٍ ﷺ في كتابِه.

قال ابنُ سَمَاعَةَ: حدَّثنا أبو يوسفَ، قال: حدَّثنا أبو حَنِيفَةَ، عن عَاصِمِ ابْنِ كُلَيْبٍ الجَرْمِيِّ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ زَارَ قَوْمًا، فَذَبَحُوا لَهُ شَاةً، فَجَعَلَ يَمْضُغُهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَلَا يَسِيغُهُ، فَسَأَلَهُمْ عَنْ ذَلِكَ فَقَالُوا: شَاةٌ لِفُلَانٍ ذَبَحْنَاهَا حَتَّى يَأْتِيَ فَنُرْضِيَهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ [٦٧/٧ظ/م]: «أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى»[1].

فلولا أن مِلْكَ الغَاصِبِ زال عنها لم يأمُرْهم بالتصدُّقِ بها، بل أمَر ببَيْعِها وحِفْظِ ثمَنِها على الغائبِ، وعلى هذا بنى أبو حَنِيفَةَ ﷺ كثيرًا مِن مسائلِ الغَصْبِ. قال محمَّدٌ ﷺ: [يعني بـ][2] الأَسْرى: المُحْتَبَسِين»[3]. كذا في شرْحِ «مختصر الكَرْخِيِّ ﷺ».

والمعقولُ في المسألةِ: أن الغَاصِبَ غصَب الحِنْطَةَ، ثم استهلَكها بالطَّحْنِ، فيَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ عنها لا محالةَ، كما إذا غصَب ثوبًا فأحرَقَه، فصار رَمادًا، فإنه يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ بالاستهلاكِ، فكذا هذا.

والدليلُ على الاستهلاكِ: أن اسمَ الحِنْطَةِ زال عنها بعدَ الطَّحْنِ، وكذلك زالت صورتُها ومعناها، فدَلَّ على الاستهلاكِ.

أمَّا زوالُ الاسمِ: فلأنَّها كانت تُسمَّى حِنْطَةً إلى الآنَ، والآنَ تُسمَّى دقيقًا.

وأمَّا زوالُ الصورةِ: فلأنَّ صورتَها هي الحبَّةُ السمراءُ المشقوقةُ البطْنِ، ولم

---

(١) لم نقف عليه مِن هذا الطريق، وقد اختُلِف في سنده على أبي حنيفة على ألوان أخرى، فوقع في «مسنده/ رواية الحصكفي» [ص/٥١١] روايته عَنْ عَاصِمٍ عَنْ أَبِي بُرْدَةَ به مرسلًا. وروايته مرة أخرى عَنْ عَاصِمِ بْنِ كُلَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ به مرسلًا.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

. . . .

تَبْقَ تلك الصورةُ بعدَ الطَّحْنِ.

وأمَّا معناها: فلأنَّها كانت تصْلُحُ لِلزِّرَاعَةِ، والقَلْيِ، وطَبْخِ الهَرِيسَةِ، ونحوِ ذلك، فالآنَ لا تَصْلُحُ لذلك، فإذا ثبتَ التغايُرُ بينَهما مِن هذه الوجوهِ؛ كان الدَّقِيقُ جنسًا آخرَ غيرَ الحِنْطَةِ، فيَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ، ولا يَكُونُ له سبيلٌ في الدَّقِيقِ.

وقولُه ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَ»[1]. دليلٌ على هذا؛ لأنه أخَذ الحِنْطَةَ لا الدَّقِيقَ، فإذا كان عَيْنُها مُسْتهلَكًا يَلْزَمُهُ[2] مثلُها، وكذا الحِنْطَةُ إذا غصَبَها فزَرَعها يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ عنها؛ لأن الزَّرْعَ غيرُ الحِنْطَةِ؛ بدليلِ تغايُرِ الاسمِ والصورةِ والمعنى المطلوبِ، فصار الحادثُ غيرَ ما كان، والمُوجِدُ والمُحْدِثُ للأشياءِ ـ وإن كان هو اللهُ تعالىٰ ـ ولكن يُضافُ الإحداثُ إلى العبادِ بطريقِ التسْبيبِ.

بيانُه: أن اللهَ تعالىٰ خلَقَ الأرضَ والهواءَ والماءَ، وركَّبَ فيهن طباعًا تَثْبُتُ، كالنارِ تَحْرِقُ بطَبْعِها الذي خَلَقَه اللهُ تعالىٰ فيها، ولا يُضافُ الحدوثُ لهذه الأشياءِ؛ لعدمِ اختيارِها، ولا إلى الحِنْطَةِ التي كانت بَذْرًا؛ لأنها لا تأثيرَ لها أصلًا، فإنها تَفْنَىٰ في نفسِها، فكيف تُؤَثِّرُ في غيرِها؟

[٣/٧٨ظ] غايةُ ما في البابِ: أن وجودَها شرْطٌ، وفِعْلُ هذا الزَّارِعِ أيضًا شرْطٌ، لكن الإضافةَ إلى فِعْلِ الزَّارِعِ أَوْلَىٰ؛ لأنه مختارٌ في ذلك، ولا اختيارَ لغيرِه، ثم إذا قطَعْنا الإضافةَ إلى المؤثِّرِ حقيقةً ـ وهو ما ذَكَرْنا مِن الأرضِ، والهواءِ، والماءِ؛ لعدمِ اختيارِها ـ فبالطريقِ الأَوْلَىٰ ألَّا يُضيفَ إلى الحِنْطَةِ؛ لأنه لا تأثيرَ لها ولا اختيارَ، والحُكْمُ قد يُضافُ إلى صاحبِ الشرطِ إذا كان مختارًا، كما في حافرِ البئرِ يُضافُ التلفُ إليه؛ لأنه صاحبُ شرْطٍ وهو مختارٌ، فكذلك أُضِيفَ هنا إلى الزَّارِعِ؛

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «يلزمها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

. . . .

لأنه صاحبُ شرْطٍ وهو مختارٌ.

فإذا كان الإحداثُ في العينِ مِن الغَاصِبِ بصُنْعِه مُتَقَوِّمَةً؛ كالطَّحْنِ في الحِنْطَةِ [٦٨/٧و/م]، والخَبْزِ في الدَّقِيقِ، والشَّيِّ أو الطبخِ في الشَّاةِ المَذْبُوحَةِ ونحوِ ذلك، وقد انقطَع حقُّ المالكِ؛ كان الغَاصِبُ مالكًا للعينِ؛ لأنَّ مباشرةَ المُسَبِّبِ للعينِ[1] لحصولِ الشيءِ، سَبَبٌ لمِلْكِ ذلك الشيءِ.

فَإِنْ قُلْتَ: لَا نُسَلِّمُ أن الحِنْطَةَ صارتْ مُسْتهلَكَةً بالطَّحْنِ أوْ بِالزَّرْعِ، بل تبدَّلَتْ أحوالُها ـ كالآدَمِيِّ ـ يتبدَّلُ أحوالُها مِن الصِّغَرِ إلى الكِبَرِ، ومِن الشبابِ إلى الهَرَمِ، ومع هذا لا يَكُونُ الآدَمِيُّ شيئًا آخرَ، فكذا الحِنْطَةُ بالطَّحْنِ تتبدَّلُ حالُها؛ لأن أجزاءَها كانت مجتَمِعةً فتفرَّقَتْ.

يَدُلُّ عليه: الأحكامُ.

منها: [أنه][2] إذا غصَب خمرًا أوْ عصيرًا فخلَّلها؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ.

ومنها: إذا غصَب شاةً فذبَحها؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ.

ومنها: إذا غصَب قُطْنًا فغزَله، أوْ غصَبَ غَزْلًا فنَسَجه؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ لِمَا قُلنا.

ومنها: جَرَيانُ حُكْمِ الرِّبا بينَ الحِنْطَةِ ودقيقِها.

قُلْتُ: أمَّا الاستهلاكُ: فظاهرٌ؛ لتغايُرٍ بينَهُما في الاسمِ والصورةِ والمعنى، بخلافِ الإنسانِ إذا تبدَّلَتْ أحوالُه؛ لأن اسمَ الإنسانِ لم يَزُلْ عنه، وكذا الصورةُ، وكذا معنى الإنسانِ باقٍ، فلغَا السؤالُ.

---

(١) وقع بالأصل: «العين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

....

ولهذا قال أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا حَلَفَ لا يأكل هذه الحِنْطَة، فأكَلَها بعدما طُحِنَتْ؛ لا يَحْنَثُ.

والجوابُ عن المسائلِ فنَقُولُ: إذا غصَب خمرًا فخلَّلها؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ؛ لأنه لم يَسْتَهْلِكْ ماليةَ الخَمرِ؛ لأن ماليَّةَ الخَمْرِ ليست إلا على اعتبارِ كونِها صالحةً لصيرورَتِها خَلًّا، فكان التخليلُ تقريرًا لتلك الماليَّةِ لا إبطالًا لها.

فأمَّا إذا غصَب عصيرًا فخَمَّره؛ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ أيضًا؛ لأن ماليَّةَ الخَمْرِ لا تَكْفِي لثبوتِ المِلْكِ ابتداءً، ولهذا لو اشترى الخمرَ لا يَثْبُتُ المِلْكُ له، وأمَّا إذا غصَب عصيرًا فخَلَّله؛ فلَا نُسَلِّمُ أنه لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ.

والجوابُ عمَّا إذا غصَب قُطْنًا فغزَله، أو غَزْلًا فنَسَجه فنقولُ: لَا نُسَلِّمُ أنه لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ، بل يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ، وذلك مذكورٌ في كتابِ الدعوى.

والجوابُ عن مسألةِ الرِّبا فنَقُولُ: حقيقةُ المُجَانَسَةِ زائلةٌ في الحالِ، وإنما تَثْبُتُ شُبْهَةُ المُجَانَسَةِ، فكانت كافيةً لجَرَيانِ حرمةِ الرِّبا.

والجوابُ عن ذَبْحِ الشَّاةِ بعدَ الغَصْبِ: بعضُ أصحابِنا قالوا: بأنه يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ بِالذَّبْحِ. كذا في «الطريقة البرهانية»، فنَمْنَعُه.

والصحيحُ: أنه لا يَنْقَطِعُ [٧٩/٣ر] حقُّ المالكِ به؛ لأنَّ الشَّاةَ لا تَصِيرُ مُسْتهلَكَةً بمجرَّدِ الذَّبْحِ؛ لبقاءِ الاسمِ.

ولهذا يُقالُ: شاةٌ مَذْبُوحَةٌ، فأمَّا إذا أرَّبَها[1] عُضوًا عضوًا؛ بعضُهم قالوا: يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ؛ لأنه صار مُسْتهلَكًا [٦٨/٧ط/م] بزوالِ التركيبِ، لكنَّ الصحيحَ

---

(١) أرَّبَها: مِن التَّأريب، يقال: أرَّبَ العُضْوَ: قَطَّعَهُ مُوفَّرًا، ويقال: أعطاه عُضْوًا مُؤَرَّبًا، أيْ: تامًّا لم يُكْسَر، وعُضْوٌ مُؤَرَّبٌ أي: مُوَفَّرٌ. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٣٠١/١/ مادة: أرب].

. . . .

خلافُه. كذا في «الطريقة البرهانية» أيضًا، وذلك؛ لأن بِالذَّبحِ لَمَّا لم يُصَيِّرِ الشَّاةَ مُسْتهلكةً؛ صار كأنه غصَب شاةً مَذْبُوحةً فقطَعها إِرْبًا إِرْبًا، فلا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ؛ لأنَّ المَنَافعَ المتعلِّقةَ بها لم تَفُتْ؛ لأنها كانت تُقْصَدُ للأكلِ، وبعدَ القطعِ لم يَبْطُلْ هذا المعنى.

ولا يَرِدُ علينا إذا غصَب ثوبًا فصَبَغه، حيثُ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ؛ لأن الثوبَ لم يَصِرْ مُسْتهلكًا بالصِّبْغِ، ولا يَرِدُ علينا إذا غصَب جاريةً فزنَىٰ بها فولدَتْ؛ كان الولدُ لصاحبِ الجاريةِ؛ لأنه وُجِدَ مِن الرَّجُلِ والمرأةِ جميعًا العِلَّةُ والسببُ، وهو الإنزالُ، ولذلك[1] وجَبَ الحَدُّ عليهما، ولكن ترجَّح جانبُ المرأةِ لكونِها محلًّا؛ لأن المحَلِّيَّةَ تكفِي للرجْحانِ، وإن لم يَكُنْ مُعارضةً للسببِ والعِلَّةِ.

والجوابُ عن قولِهم: فِعْلُ الغَصْبِ عدوانٌ مَحْضٌ لا يَصْلُحُ سببًا لنعمةِ المِلْكِ.

قلنا: لا يَصْلُحُ سببًا له قصْدًا ابتداءً، وإنما جعلْنَاه سببًا عندَ تقرُّرِ الضَّمانِ بالاستهلاكِ في ضِمْنِ حُكْمِ الضَّمانِ؛ كَيْ لا يَجْتَمِعَ البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكِ رَجُلٍ واحدٍ، والضَّمَانُ حُكْمٌ مَشْرُوعٌ حسنٌ بالإجماعِ، فصار ما ثبَتَ في ضِمْنِه أيضًا حسنًا؛ لأنه يُرَاعَىٰ صلاحيةُ السببِ في الأصلِ لا في التبعِ.

تحقيقُ الكلامِ: أن فِعْلَ الغَاصِبِ ـ الذي هو الزِّرَاعَةُ ـ مثلًا ليس بمحظورٍ مِن حيثُ إنه أحدَث الزَّرْعَ، وإنما الحظْرُ كونُه غصْبًا، وهو إزالةُ شيءٍ عن يدِ المالكِ، فإذا لم يَكُنْ محظورًا من حيثُ إنه إحداثٌ صلَحَ سببًا للمِلْكِ، فكان قولُنا: زرَعَ حِنْطَةً مَغْصُوبَةً؛ إشارةً إلىٰ إحداثِ شيءٍ بآلةٍ مَغْصُوبةٍ، بمنزلةِ الاصطيادِ بِقَوْسِ الغيرِ، والاِحْتِطَابُ بِقَدُومِ الغيرِ. والباقي يُعْلَمُ في نُسَخِ **«طريقة الخلاف»**.

---

(١) وقع بالأصل: «وكذلك». والمثبت من: «م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

ولأبي يوسف ﷺ: أن المِلْكَ قد زال إلا أن زوالَه بغيرِ رضا المالكِ، ومعلومٌ أنه لو باعه الحِنْطَةَ؛ لم يَسْقُطْ حقُّه، حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ البدلَ أو يرضَىٰ بالتَّسْلِيم، فكذلك هذا، فكأنه أزال مِلْكَه في هذه الروايةِ، وجعلَ له حَبْسَ العينِ، كما لِلبائعِ حَبْسُ المَبِيع.

فأمَّا الروايةُ الأُخرىٰ: فقال: لا يَزُولُ مِلْكُه؛ لأن العينَ موجودةٌ، وإنما حدَث فيها تفريقٌ بالطَّحْنِ، فهو كالشَّاةِ إذا ذبَحها.

وأمَّا الترابُ إذا لَبَّنَه، أو جعلَه آنيةً: فإن كان له قِيمَةٌ؛ فهو مِثْلُ الحِنْطَةِ إذا طحَنها، وإن لم يَكُنْ له قِيمةٌ؛ لم يَلْزَمِ الغَاصِبُ ضمانَه؛ لأن ما لا يتَقَوَّمُ لا يُضْمَنُ، فلذلك جوَّزوا الانتفاعَ بالعينِ؛ لأنهم إنما منَعُوا الانتفاعَ في مسألةِ الغَصْبِ لعلَّةِ الغَرامةِ، فإذا لم تَجِبْ؛ جاز الانتفاعُ.

[٦٩/٧و/م] قولُه (وَأَعْظَمُ مَنَافِعِهَا)، كَالحِنْطَةِ إذا طُحِنَتْ يَزُولُ عنها أعظمُ منافِعِها، وهي كونُها صالحةً لِلزِّرَاعَةِ [٧٩/٣ظ]، والهَرِيسَةِ[١]، والنَّشَا[٢] ونحوِ ذلك.

قولُه: (زَالَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا)، حتىٰ لو أراد أنْ يأخُذَ عينَ الدَّقِيقِ؛ ليس له ذلك.

قولُه: (كَمَنْ غَصَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا أَوْ طَبَخَهَا)، إنما قَيَّدَ بالطبخِ والشَّيِّ احترازًا عمَّا إذا ذبَحها ولم يَشْوِ ولم يَطْبُخْ، حيثُ لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ عنها.

(١) الهَرِيسَةُ: طَعَامٌ يُطْبَخُ مِنَ القَمْحِ المَدْقُوقِ وَاللَّحْم، وتطلق كذلك علىٰ سَائِلٍ مِنْ خَلِيطِ الفُلْفُلِ الأَحْمَرِ وبَعْضِ أَنْوَاعِ التَّوَابِلِ، لَهُ مَذَاقٌ حَارٌّ، يُوضَعُ مَعَ المَأْكُولاتِ لِيُعْطِيَهَا مَذَاقاً خَاصّاً، وتطلق كذلك علىٰ نوع مِن الحَلْوَىٰ يُصْنَع مِن الدقيق والسَّمْن والسُّكَّر. ينظر: «المعجم الوسيط» [٩٨١/٢].

(٢) النَّشَا: يُعَرَّف في المعاجم الحديثة بكونه: كربوهدرات كربون علىٰ شكْل مسْحوقٍ أبيضَ، يكثُر وجوده في الحبوب والنباتات العُسقُولية كالبطاطس. ينظر: «المعجم الوسيط» [٩٢٤/٢].

وَقَالَ الشَّافِعِيّ: لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا اِخْتَارَ أَخْذَ الدَّقِيقِ لَا يَضْمَنُهُ النُّقْصَانُ عِنْدَهُ؛ **لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا**، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ﷺ يَضْمَنُهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ لَكِنَّهُ يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ الْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ. لِلشَّافِعِيِّ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقٍ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ وَيَتْبَعُهُ الصِّفَةُ كَمَا إِذَا هَبَّتْ الرِّيحُ فِي الْحِنْطَةِ وَأَلْقَتْهَا فِي طَاحُونَةٍ فَطُحِنَتْ. وَلَا مُعْتَبَر بِفِعْلِهِ؛

غاية البيان

ولهذا قال ظَهِيرُ الدِّينِ إسحاقُ بنُ أبي بكرٍ الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «ولو غصَب شاةً فذبَحها؛ فالمالكُ بالخيارِ، إنْ شاء أخَذَها، ولا شيءَ له غيرُها؛ لأن الذَّبْحَ تقريبٌ إلى مقصودٍ وهو اللَّحْمُ، ولا يُعَدُّ غصْبًا، وإن شاء ضمَّنَه قيمتَها يومَ الغَصْبِ لأجْلِ التبديلِ، وكذلك إذا سَلَخها، وأرَّبَها ولم يَشْوِها. وقال محمَّدٌ ﷺ: إن شاء أخَذ الشَّاةَ وضمَّنه النُّقْصَانَ، وهذا أصحُّ؛ لأنَّ بعضَ المَنافعِ تفوتُ بالذَّبحِ»[1]. إلى هنا لفْظُ الوَلْوَالِجِيِّ في «فتاواه».

قولُه: (لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا)، يعني: إذا أخذ المالكُ الدَّقِيقَ ـ كما هو مذهبُ أبي يوسفَ ﷺ ـ لا يَأْخُذُ نُقْصَانَ الدَّقِيقِ لو كان الدَّقِيقُ أنقصَ قِيمَةً من الحِنْطَةِ؛ لأن بينَ الحِنْطَةِ والدَّقِيقِ شُبْهَةَ المُجَانَسَةِ، ولهذا تَجْرِي حرمةُ الرِّبا بينَهُما[2]، فكان أخذُ الدَّقِيقِ كأخذِ الحِنْطَةِ، فلو أخذ الحِنْطَةَ لا يَجُوزُ أخذُ الفضلِ عليها، فكذا لا يَجُوزُ أخذُ الفضلِ على الدَّقِيقِ.

قولُه: (وَتَتْبَعُهُ[3] الصَّنْعَةُ)، وهي صنعةُ الغَاصِبِ من جعلِه المَغْصُوبَ دقيقًا

---

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيّة» [٢/٣٩٥].

(٢) وقع بالأصل: «بينها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر ما فوق هذه الكلمة في بالأصل.

لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا انْعَدَمَ الْفِعْلُ أَصْلاً وَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ الْمَغْصُوبَةَ وَسَلَخَهَا وَأَرَبَهَا.

وَلَنَا: أَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً صَيَّرَ حَقَّ الْمَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ، أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ تَبَدَّلَ الِاسْمَ وَفَاتَ مُعْظَمُ الْمَقَاصِدِ وَحَقُّهُ فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَيَتَرَجَّح عَلَىٰ الْأَصْلِ الَّذِي هُوَ فَائِتٌ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَحْظُورٌ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِحْدَاثُ الصَّنْعَةِ، بِخِلَافِ الشَّاةِ؛ لِأَنَّ اِسْمَهَا بَاقٍ بَعْدَ الذَّبْحِ وَالسَّلْخِ، وَهَذَا الْوَجْهُ يَشْمَلُ الْفُصُولَ الْمَذْكُورَةَ وَيَتَفَرَّعُ [١٥٢/و] عَلَيْهِ غَيْرَهَا فَاحْفَظْهُ.

وَقَوْلُهُ: لَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ:

أو نحوِ ذلك.

قولُه: (أَرَّبَهَا)، تأريبُ الشَّاةِ جعلُها إِرْبًا إِرْبًا؛ أي: عضوًا عضوًا.

قولُه: (أَحْدَثَ صَنْعَةً مُتَقَوِّمَةً)؛ لأنه إذا جعلَ الحِنْطَةَ دقيقًا؛ تزْدادُ قيمتُها غالبًا، وكذلك إذا ذبَحَ الشَّاةَ وسَلَخها وشَوَاها أوْ طبَخَها؛ تزْدادُ قيمتُها ظاهرًا.

قولُه: (وَهَذَا الْوَجْهُ يَشْمَلُ الْفُصُولَ الْمَذْكُورَةَ)، يعني: إذا كان اسمُ المَغْصُوبِ باقيًا لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ، [وإذا لَمْ يَبْقَ يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ][1]، وهذا الوجهُ يَشْمَلُ الفصولَ التي ذكَرَها القُدُورِيُّ مِن غَصْبِ الشَّاةِ وذَبْحِها وشَيِّها وطَبْخِها، وغَصْبِ الحِنْطَةِ وطَحْنِها، وغَصْبِ الحديدِ واتِّخاذِه سيفًا، وغَصْبِ الصُّفْرِ وعَمَلِه آنيةً؛ لأنَّ الاسمَ تبدَّل في جميع ذلك، وكذلك إذا غصب قُطْنًا فغَزَله، أو غَزْلًا فنَسَجه، أوْ زيتونًا فعَصَره، وما أشبهَ ذلك.

قولُه: (وَقَوْلُهُ: لَا يَحِلُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي الْقِيَاسِ:

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ وَزُفَرَ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. رَوَاهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. وَوَجْهُهُ ثُبُوتُ المِلْكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ أَوْ بَاعَهُ جَازَ.

غاية البيان

أَنْ يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ وَزُفَرَ ﷺ، **وَهَكَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ** ﷺ. **رَوَاهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ** ﷺ)، أي: قولُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، وهو قولُه: «لا يَحِلُّ له الانتفاعُ حتَّىٰ يُؤَدِّيَ بدلَها استحسانٌ، وفي القياسِ: يَحِلُّ له الانتفاعُ [٧/٦٩ظ/م] قَبلَ أداءِ البدلِ»، هكذا نقَلَ الروايةَ أبو الليثِ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

قال في باب الغَصْب بعلامة النون[2] مِن «**الواقعات الحُسَامِيَّة**»: «رَجُلٌ غصَبَ لحْمًا فطبَخَه، أو حِنْطَةً فطَحَنها؛ كان عليه الضَّمَانُ، وصار مِلْكًا له، وحَلَّ أكْلُه في [٣/٨٠و] قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنه ملَكَه بالبَدلِ».

وقال محمَّدٌ ﷺ **في «العيون»**: لا يَحِلُّ حتَّىٰ يُرْضِيَ المالكَ، وهو قولُ أبي يوسفَ ﷺ». إلىٰ هنا لفظُ «**الواقعات**».

ونقَلَ في آخرِ كتابِ الغَصْبِ مِن «**خلاصة الفتاوىٰ**» عن «**فتاوىٰ أهل سمرقند**»: «رَجُلٌ غصَبَ طعامًا فمَضَغه حتىٰ صار مُسْتهلكًا، فلَمَّا ابتلَع ابتلَع حلالًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وشرْطُ الطِّيبِ عندَه: وجوبُ البدلِ. وعندَهما: أداءُ البدلِ، والفتوىٰ علىٰ قولِهما»[3]. كذا في «**الخلاصة**».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ **في «مختصره»**: «قال الحسنُ: قال زُفَرُ ﷺ:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٩].

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة النون»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «النوازل»، لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٥٨].

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: قَوْلُهُ ﷺ فِي الشَّاةِ الْمَذْبُوحَةِ الْمُصْلِيَةِ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهَا: «أَطْعِمُوهَا الْأَسَارَىٰ» أَفَادَ الْأَمْرُ بِالتَّصَدُّقِ وَزَوَالِ مِلْكِ الْمَالِكِ وَحُرْمَةِ الِانْتِفَاعِ لِلْغَاصِبِ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ، وَلِأَنَّ فِي إِبَاحَةِ الِانْتِفَاعِ فَتْحَ بَابِ الْغَصْبِ فَيَحْرُمُ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ حَسْمًا لِمَادَّةِ الْفَسَادِ وَنَفَاذِ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ مَعَ الْحُرْمَةِ لِقِيَامِ الْمِلْكِ كَمَا فِي الْمِلْكِ الْفَاسِدِ.

غاية البيان

إذا طبَخه أوْ شَوَاه فقد صار مُستهلِكًا له، وعليه القِيمةُ، وله أنْ يأكُلَه ويُطعِمَه مَن شاء، رَضِيَ صاحبُه بِالقِيمةِ أو لم يَرْضَ، وبه يأْخُذُ الحسنُ».

وقال: «وقال بِشْرٌ عن أبي يوسفَ ﷺ في مسألةٍ تاريخها جُمادَىٰ الآخِرةِ سَنَةَ تسعٍ وستِّين ومئةٍ: في رَجُلٍ غصَب حِنْطَةً فطَحَنها؛ كان عليه مِثْلُها، ويُسَلَّمُ له الدَّقِيقَ، فإنْ أراد أكْلَه قبلَ أن يُقْضَىٰ عليه بشيءٍ، وقبلَ أنْ يُرضيَ صاحبَه، فإن ذلك له في القياسِ، ولكن أستَحْسِنُ وأدَعُ القياسَ في ذلك، وليس له أنْ يَأكُلَ حتَّىٰ يُرضيَ صاحبَه، وهذا مثلُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، وهو عندِي قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، والقولُ الذي رواه ابنُ سمَاعَةَ ﷺ هو المعمولُ عليه عندي مِن قولِ أبي يوسفَ ﷺ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ في «**مختصره**» ﷺ.

وَجْهُ القياسِ: أنه مَلَكَه بِالضَّمانِ، فهو كالمملوكِ بالعقدِ، ولهذا يَجُوزُ بَيْعُه وهِبَتُه؛ لأنه مَلَكه بوَجْهٍ محظورٍ، فصار كالمقبوضِ علىٰ وَجْهِ بَيْعٍ فاسدٍ، حيثُ يَصحُّ بَيْعُه.

ووَجْه الاستحسان: أن النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ أنْ يتصَدَّقَ بالشَّاةِ، ولو جاز الانتفاعُ بها لم يُمْنَع مِن أكْلها، فإذا دفَع البدلَ حلَّ الانتفاعُ بها؛ لأن حقَّ المالكِ قد سَقَطَ باستيفاءِ البدلِ، فصار كأنه باعَها وأخَذَ ثمنَها، فيَجُوزُ له الانتفاعُ بها والأكْلُ منها،

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

وَإِذَا أَدَّى الْبَدَلُ يُبَاحُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَالِكِ صَارَ مُوفًى بِالْبَدَلِ فَحَصَلَتْ مُبَادَلَةٌ بِالتَّرَاضِي، وَكَذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدَّى بِالْقَضَاءِ أَوْ ضَمِنَهُ الْحَاكِمُ أَوْ ضَمِنَهُ الْمَالِكُ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِطَلَبِهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا، أو نَوَاةً فَغَرَسَهَا غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ فِيهِمَا قَبْلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ لِوُجُودِ الِاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِقِيَامِ الْعَيْنِ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ. وَفِي الْحِنْطَةِ يَزْرَعُهَا لَا يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ عِنْدَهُ؛ خِلَافًا لَهُمَا، وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ.

غاية البيان

ويَسَعُ غيرُه أنْ يأكُلَ منها، وكذلك أيضًا إذا ضمَّنه المالكُ القيمةَ؛ لأن البدلَ يَثْبُتُ بتَراضِيهما، فصار كأنه باع، وكذلك إذا ضَمَّنه الحاكمَ؛ لأن الحاكمَ لا يَحْكُمُ إلا بطلبِ المالكِ ودعوَاه، فكأنَّ المالكَ ضَمَّنه، فيَحِلُّ له بذلك.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَزَرَعَهَا، أو نَوَاةً فَغَرَسَهَا)، يعني: لا يَحِلُّ الانتفاعُ بِالمَغْصُوبِ قبلَ أداءِ البدلِ خلافًا لزُفرَ ﷺ، إلا أن أبا يوسفَ ﷺ قال في هاتيْنِ الصورتَيْنِ: يَحِلُّ الانتفاعُ قبلَ أداءِ البدلِ، وقبلَ أنْ يُرضيَ صاحبَه؛ لأن المَغْصُوبَ صار مُسْتهلكًا مِن كلِّ وَجهٍ؛ لأن الحِنْطَةَ [٧/٧٠و/م] صارَتْ قَصِيلًا[1]، والنواةُ صارَتْ نخلًا، بخلافِ ما تقدَّم [٣/٨٠ظ] مِن غَصْبِ الشَّاةِ وذَبْحِها وطَبْخِها، وغَصْبِ الحِنْطَةِ وطَحْنِها، حيثُ لا يَحِلُّ الانتفاعُ قبلَ إرضاءِ المالكِ؛ لأنَّ أجزاءَ الشَّاةِ والحِنْطَةَ باقيةٌ، وهذا معنى قولِه: (لِقِيَامِ الْعَيْنِ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ).

قولُه: (عِنْدَهُ)، أي: عندَ أبي يوسفَ ﷺ.

قولُه: (وَأَصْلُهُ مَا تَقَدَّمَ)، أي: أصلُ وجوبِ التَّصدُّقِ بالفضلِ عندَهما خلافًا

(١) القَصِيلُ: هو نفسه الفَصِيل، وهو الشَّعِير يُجَزُّ أَخْضَر لِعَلَفِ الدَّوَابِّ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١٨٣/٢].

قَالَ: وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً، أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ، أَوْ دَنَانِيرَ، أَوْ آنِيَةً؛ لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فَيَأْخُذَهَا وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ، وَقَالَا: يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ صَنْعَةً مُعْتَبَرَةً صَيَّرَ حَقَّ الْمَالِكِ هَالِكًا مِنْ وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ كَسَرَهُ وَفَاتَ بَعْضُ الْمَقَاصِدِ وَالتِّبْرِ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ وَالْمَضْرُوبِ يَصْلُحُ لِذَلِكَ.

غاية البيان

لأبي يوسفَ ﵀ ما مَرَّ عندَ قولِه: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ فَنَقَصَتْهُ الْغَلَّةُ).

وأراد بالأصلِ: الدليلَ المذكورَ ثَمَّةَ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً، أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ، أَوْ دَنَانِيرَ، أَوْ آنِيَةً؛ لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ ﵄: يَمْلِكُها الغَاصِبُ»[1].

وقال الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «مختصره» المسمَّىٰ بـ«الكافي»: «وإنْ غصبَ فضةً فضَرَبها دراهمَ، أوْ صاغَها إناءً، قال: يَأْخُذُها، ولا أجْرَ للغَاصِبِ، ولا يُشْبِهُ هذا الحديدَ والصُّفْرَ؛ لأنه فضَّةٌ بعَيْنِها لا يَخْرُجُ مِن الوزنِ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ ﵄: يُعْطِيه مثلَ فِضَّتِه، وكذلك الذهبُ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ الحاكمِ [الشهيد][3] ﵀.

ووَجْهُ قولِهما: أن الغَاصِبَ أحدَث فيه صَنعةً مُتقَوِّمةً بصُنْعِه وهو الصِّيَاغَةُ[4]، فصار حقُّ المالكِ تالِفًا مِن وَجْهٍ، أَلَا تَرَىٰ أنه كان يتعَيَّنُ في العُقُودِ حينَ كان تِبْرًا،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٩ ـ ١٣٠].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٤) وقع بالأصل: «الصناعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلَهُ أَنْ الْعَيْنَ بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ وَمَعْنَاهُ الْأَصْلِيُّ الثَّمَنِيَّةُ وَكَوْنُهُ مَوْزُونًا وَأَنَّهُ بَاقٍ حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ الرِّبَا بِاعْتِبَارِهِ وَصَلَاحِيَّتَهُ لِرَأْسِ

غاية البيان

والآنَ لا يتعَيَّنُ، فصار كما لو غصَب صُفْرًا فاتَّخَذَه إناءً يُباعُ عددًا، أوْ غصَب حديدًا فاتَّخَذه سيفًا، أو سِكِّينًا، حيثُ يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ إلىٰ المِثْلِ، فكذا هنا؛ لأنه حصَل في المَغْصُوبِ زيادةُ تركيبٍ بصُنْعِ الغَاصِبِ، فيَكُونُ مِلْكًا له، ومِلْكُه قائمٌ مِن كلِّ وَجهٍ، ومِلْكُ المَغْصُوبِ منه تالفٌ مِن وَجْهٍ، فيَجِبُ قَطْعُ حقِّ مَن تَلِفَ مِلْكُه مِن وَجْهٍ بالبدلِ[1]. أعني: حقَّ المالكِ إلىٰ الضَّمَانِ؛ لأنه أقلُّ ضررًا صيانةً للحقَّينِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن هذه الزِّيَادَةَ ليست مُعتبرةً حُكْمًا، فإن الصَّنْعَةَ لا عِبْرةَ لها بانفرادِها.

ولهذا قلنا: إن الغَاصِبَ إذا هَشَم القُلْبَ[2]؛ ليس لصاحبِ القُلْبِ أنْ يأخُذَ قيمةَ المَهْشومِ، ويأْخُذَ النُّقْصَانَ، وإذا لم تَكُنْ مُعْتَبَرَةً حُكْمًا؛ صارَتْ معدومةً حُكْمًا، والمعدومُ حُكْمًا كالمعدومِ حقيقةً، فلو كان معدومًا حقيقةً لا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ عن المَغْصُوبِ، كذا هذا، فكانت رعايةُ حقِّ المالكِ أَوْلَىٰ.

تحقيقُه: أن اسمَ الذهبِ والفضةِ بعْدَ الصَّنْعَةِ باقٍ كما كان، والمعنىٰ الأَصْلِيُّ اللازمُ للعينِ قائمٌ وهو الثمَنِيَّةُ، كما كان بلا خلافٍ، ولهذا يَجْرِي الرِّبا وتَجِبُ الزَّكَاةُ، فإذا كان المعنىٰ الأَصْلِيُّ قائمًا لم يَتَغَيَّرْ؛ لم يَكُنْ حقُّ المالكِ تالفًا، فلم يَنْقَطِعْ؛ لأن الضربَ حقَّقَ ذلك المعنىٰ.

وكذا إذا اتَّخذ حُلِيًّا؛ لأن المعنىٰ [٣/٨١و] الأَصْلِيَّ لم يَزُلْ، والماليَّةُ ماليةُ العينِ لا الصَّنْعَةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «البدل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) القُلْبُ ـ بضم القاف وسكون اللام ـ: ما يُلْبَس في الذراع مِن فضة. وقد تقدم التعريف بذلك.

الْمَالِ مِنْ أَحْكَامِ الصَّنْعَةِ دُونَ الْعَيْنِ، وَكَذَا الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ [١٥٢/ظ] مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا.

غاية البيان

[٧/٧٠ظ/م] غايةُ ما في البابِ: أنه بعْدَ الضربِ صَلَحَ رأسُ مالِ الشَّرْكَةِ والمُضَارَبةِ، وهذه الصلاحيةُ راجعةٌ إلىٰ الصَّنْعَةِ، لا إلىٰ العينِ، فلم يُوجِبْ[1] حدوثُها تبدُّلًا في العينِ، فلم تَكُنِ العينُ هالكةً أصلًا، بخلافِ الصُّفْرِ والحديدِ، فإن الصَّنْعَةَ الحادثة تُخْرِجهما مِن الوزن، حتىٰ إذا باع قُمْقُمَةَ حديدٍ بِقُمْقُمَتَيْنِ منه جاز إذا كان يدًا بيد، وقد عُرِفَ في كتابِ الصَّرْفِ.

وأجاب الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرح القُدُورِيِّ» ﵀: بأن الحديدَ إنْ كان يُباعُ بعدَ ضَرْبِه وزنًا؛ فهو كالفضَّةِ، والخلافُ فيه واحدٌ، وإنما يَسْقُطُ حقُّ المالكِ إذا لم يُبَعْ وزنًا مثلَ الإِبَرِ؛ لزوالِ الاسمِ عنها.

وقال صدْرُ الإسلامِ في «شرح الكافي»: «والصحيحُ ما قال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﵄: إن تلك الزِّيَادةَ مُتَقَوِّمَةٌ مُعْتَبَرَةٌ حُكْمًا، حتىٰ إن المُتْلَفَ يُضْمَنُ قيمتُه مَصُوغًا، ولكن مِن خلافِ جنسِه، ولا يَمْلِكُ الوَصِيُّ ولا المريضُ التبرُّعَ بتلك الزِّيَادَةِ».

قولُه: (الصَّنْعَةُ فِيهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ مُطْلَقًا)، أي: الصَّنْعَةُ في عينِ الفضَّةِ والذهبِ غيرُ مُتَقَوِّمَةٍ في جميعِ الأحوالِ، ولهذا لا يُعْتبرُ عندَ المقابلةِ بجنسِها، وإنما يُعْتَبرُ عندَ المقابلةِ بخلافِ جنسِها، كما إذا كَسَر إناءَ فضةٍ أو ذهَبٍ، إن شاء المالكُ أخَذَ الإناءَ بعَيْنِه، ولا شيءَ عليه غيرَ ذلك، وإن شاء ضَمَّنه، بخلافِه جنسِه من الذهبِ أو الفضَّةِ؛ رعايةً وصيانةً لِحَقِّ المالكِ في الصَّنْعَةِ، وقد مَرَّ ذلك عندَ قولِه: (وَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ ضَمِنَ النُّقْصَانَ).

(١) وقع بالأصل: «يوجد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً، وَبَنَىٰ عَلَيْهَا؛ زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا، وَلَزِمَ الْغَاصِبَ قِيمَتُهَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا، ....

غاية البيان

قولُه: ([قَالَ][(١)]: وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً، وَبَنَىٰ عَلَيْهَا؛ زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا، وَلَزِمَ الْغَاصِبَ قِيمَتُهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[(٢)].

وقال زُفَرُ: يُنْقَضُ البناءُ، وبه قال الشَّافعيُّ ﵏[(٣)]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ» ﵏[(٤)].

قال الحاكمُ الجليلُ الشهيدُ ﵀ في «مختصره» المُسمَّىٰ بـ«الكافي»: «وإنْ غصَبَ ساجَةً أَوْ خشبةً فأدخَلها في بنائِه، أو آجُرَّةً فأدخَلَها في بنائِه، أو جَصًّا فبنَىٰ به. قال: عليه في ذلك كلِّه قيمَتُه، وليس للمَغْصُوبِ منه نقْضُ ما بناه، وأَخْذُ ساجتِه وخَشَبتِه وآجُرِّه وجَصِّه»[(٥)]. إلىٰ هنا لفظ «الكافي».

وقال القُدُورِيُّ ﵀ في شرْحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»: «وكان أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ يَقُولُ: المسألةُ موضوعةٌ علىٰ أنه بنَىٰ علىٰ حوالي السَّاجَةِ؛ لأنه غيرُ مُتعَدٍ في البناءِ علىٰ مِلْكِه، فلا يَنْقُضُ، وأمَّا إذا بنَىٰ علىٰ نَفْسِ السَّاجةِ؛ يُنْقَضُ بناؤُه؛ لأنه مُتَعَدٍّ فيه، وكان الهِنْدُوَانِيُّ يَخْتَارُ هذا القولَ»[(٦)]. إلىٰ هنا لفْظُ القُدُورِيِّ في «شَرْحه».

فأقولُ: لفْظُ الحاكمِ يَدُلُّ علىٰ صحَّةِ ما قال الكَرْخِيُّ: لأنه قال: «غصَب سَاجَةً

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٠].

(٣) ينظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي الجويني [٢٧٣/٧]. و«البيان» للعمراني [٥٨/٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤١٤/٣]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤٦٥/٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥، ١٥٦].

(٦) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

. . . .

أو خشبةً فأدخَلها في بنائِه»، ولم يَقُلْ: فبنَىٰ عليها، ولكن صاحبَ «**الهداية**» ﷺ ذهَب إلىٰ ما قال القُدُورِيُّ، وجعلَه **الأصحَّ**[1].

ولنا في قولِه: (وَجَوَابُ الْكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ)؛ نَظَرٌ، أي: جوابُ «**مختصر القُدُورِيِّ**» يَرُدُّ ما قال الكَرْخِيُّ [٧١/٧و/م]؛ لأن القُدُورِيَّ يَرْوِي عن أبي عبدِ اللهِ الجُرْجَانِيِّ عن أبي بكرٍ الرَّازِيِّ عن أبي الحسنِ الكَرْخِيِّ ﷺ، فكيفَ يَرُدُّ [٨١/٣ظ] مجرَّدُ جوابِ القُدُورِيِّ قولَ الكَرْخِيِّ، وسنَدُ روايتِه إليه؟ نعم يَجُوزُ رُجْحانُ قولِ المتأخِّرِ علىٰ المتقدِّمِ بإقامةِ الدليلِ، أمَّا بمجرَّدِ الروايةِ فلا.

وقال القُدُورِيُّ في «**شرحه**» ـ بعدَما ذكَر قولَ الكَرْخِيِّ ـ: «وقد ذكر في كتابِ الصَّرْفِ فيمَنْ غصَب درهمًا فجعلَه عُرْوةَ مُزَادةٍ؛ سَقَطَ حقُّ مالكِه، والفضةُ لا تَسْقُطُ حقُّ مالِكِها عنها بِالصِّيَاغةِ، وإنما أسقَطه بكونِها تابعةً للمُزَادةِ، وهذا لا يَكُونُ إلا بعملٍ يُوقِعُه فيها علىٰ وَجهِ التعَدِّي، فدلَّ علىٰ أن المسألةَ علىٰ إطلاقِها، وأنه لا حقَّ للمالكِ في السَّاجَةِ في الوجهَيْنِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ.

وَجهُ قولِ زُفرَ ﷺ: أن البناءَ لم يُسْقِطْ حقَّ المالكِ، ولهذا لو نقضَ الغَاصِبُ البناءَ، ورَدَّ السَّاجَةَ إلىٰ صاحبِها؛ لم يَكُنْ له غيرُ ذلك، فإذا لم يَسْقُطْ حقُّ المالكِ بالبناءِ؛ لزِم التَّسْلِيمُ.

والشَّافعيُّ ﷺ **مَرَّ علىٰ أصْلِه**: في أن الغَصْبَ عدوانٌ مَحْضٌ، لا يَصْلُحُ سببًا لنعمةِ المِلْكِ، فلا يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ.

---

(١) ينظر: «التجريد» [٣٣٧٩/٧]، «المبسوط» [٩٣/١١]، «رؤوس المسائل» [ص/ ٣٤٩]، «الفقه النافع» [٩٣١/٣]، «بدائع الصنائع» [١٤١/٦]، «تبيين الحقائق» [٢٢٦/٥]، «العناية» [٣٣٧/٩، ٣٣٨]، «نتائج الأفكار» [٣٣٧/٩ ـ ٣٣٩].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

. . . .

ولنا: أن الغَاصِبَ أحدَث صنعةً مُتقوِّمةً في المَغْصُوبِ بها صَيَّر حقَّ المالكِ هالكًا مِن وَجهٍ، فوَجَبَ أن يَنْقَطِعَ حقُّ المالكِ عنه، ويَثْبُتُ المِلْكُ للغَاصِبِ قياسًا علىٰ ما إذا غصَبَ خيطًا وخاطَ به بَطْنَ الحيوانِ، أوْ لَوْحًا فأصلَح به السفينةَ المسكونَةَ، فإنه يَنْقَطِعُ به حقُّ المالكِ، كذا هنا.

والدليلُ علىٰ إحداثِ الصَّنْعةِ المُتَقَوِّمةِ: أن بالبناءِ تزْدَادُ قِيمَةُ الشيءِ، فكان دليلًا علىٰ تَقَوُّمِ الصَّنْعَةِ، وكذلك إذا ذَبَح شاةً مَغْصُوبَةً فسَلَخها وشَوَاها، أو حِنْطَةً فطَحَنها؛ تَزْدادُ القِيمَةُ بالطَّحْنِ والشَّيِّ؛ لأن الشَّاةَ المَشْوِيَّةَ تُشْتَرىٰ بأكثرَ مِن غيرِ الشَّيِّ[1]، وكذا الدَّقِيقُ يُشْتَرىٰ بأكثرَ مِن الحِنْطَةِ غالبًا.

وإنما قُلنا: إن السَّاجَةَ صارَتْ بالبناءِ هالكةً مِن وَجْهٍ؛ لأنها كانت أصلًا، فكانت تبَعًا للبناءِ، وكانت لا تُسْتَحقُّ بِالشُّفْعَةِ، والآنَ تُسْتَحقُّ بِالشُّفْعَةِ تبعًا للدارِ، فإذا صارَتْ تبعًا بَطَلَ عنها معنىٰ الأصالةِ، فصارَتْ هالكةً مِن وَجْهٍ.

فإذا ثبَتَ أنه أحدَث صنعةً مُتَقَوِّمَةً: صار حقُّ المالكِ بها هالكًا مِن وَجْهٍ، فنَقُولُ: إن هذه الصَّنْعَةَ حقُّ الغَاصِبِ؛ لأنها حصلَتْ بصُنْعِه وكَسْبِه، وكَسْبُ المرءِ علّةٌ لثبوتِ الملكِ له في المُكْتَسبِ، فكما أن هذه الصَّنْعَةَ المُتَقَوِّمَةَ حقُّه، فالمحلُّ حقُّ المالكِ.

فاجتمَع إِذْن حَقَّانِ: حقُّ المالكِ في الأصلِ، وحقُّ الغَاصِبِ في الصَّنْعَةِ، ولا يُمْكِنُ الجمعُ بينَ الحقَّيْنِ والمِلْكَيْنِ؛ لأن المقصودَ مِن المِلْكِ هو الانتفاعُ، ولا يُمْكِنُ لكلٍّ واحدٍ منهما الانتفاع يَمْلِكُ نفسَه دونَ أنْ يَنْتَفِعَ بمِلْكِ الآخرِ؛ لأنَّ المالكَ لا يَقْدِرُ علىٰ أنْ يَنْتَفِعَ بالأصلِ [٧/٧١ظ/م] دونَ الوصفِ، وهو الصَّنْعَةُ.

وكذلك الغَاصِبُ لا يُمْكِنُه الانتفاعُ بالوصفِ دونَ الأصلِ، ولا يُمْكِنُ

---

(١) وقع بالأصل: «الشوئ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

الانتفاعُ بطريقِ التهَايُؤِ أيضًا[١]؛ لأن الوصفَ ليس لها قدْرٌ معلومٌ مِن الأصلِ حتى يقَعَ التهايُؤُ فيه، فتعَذَّر الجمعُ بينَهُما، فلا بُدَّ مِن قَطْعِ أحدِ المِلْكَيْنِ بالآخَرِ.

فنَقُولُ: بأنَّ قَطْع مِلْكِ المالكِ أَوْلَى مِن قَطْعِ ملكِ الغَاصِبِ؛ لأنَّ مِلْكَ المالكِ هالكٌ مِن وَجْهٍ، وحقُّ الغَاصِبِ [٣/٨٢و] قائمٌ مِن كلِّ وَجْهٍ، فقَطَعْنا حقَّ المالكِ، وأثبَتْنا المِلْكَ فيه للغَاصِبِ بِالضَّمَانِ، فكما صحَّتْ هذه العِلَّة في هذه المسألةِ؛ صحَّتْ في مسألةِ الطَّحْنِ أيضًا؛ لأن بالطَّحْنِ يَحْدُثُ صنعةٌ مُتَقَوِّمَةٌ يَصِيرُ بها حقُّ المالكِ هالكًا مِن وَجْهٍ مِن حيثُ تفريقُ الأجزاءِ.

أمَّا إذا غصَبَ سَاجَةً فبنَى عليها دارًا؛ فإنما لم يَنْقَطِعْ حقُّ المالكِ عنها على ما ذهب إليه الكَرْخِيُّ؛ لأنها لم تَكُنْ هالكةً مِن وَجْهٍ، بل هي قائمةٌ كما كانت.

أكثرُ ما في البابِ: أنه حالَ بينَه وبينَ الانتفاعِ بها، ولكن بذلك لا تَخْرُجُ مِن أن تَكُونَ قائمةً صالحةً للانتفاعِ بها، فكان حقُّ المالكِ في السَّاجَةِ قائمًا مِن كلِّ وَجْهٍ، وحقُّ الغَاصِبِ في البناءِ أيضًا قائمٌ مِن كلِّ وَجْهٍ، إلا أن حقَّ المالكِ في الأصلِ وحقَّ الغَاصِبِ في التبَعِ، وهو البناءُ الذي على السَّاجَةِ، فرجَّحْنا جانبَ المالكِ بالأصالةِ، وقطَعْنا حقَّ الغَاصِبِ، كما إذا غصَبَ ثوبًا فصَبَغه؛ كان حقُّ كُلِّ واحدٍ منهما قائمًا مِن كلِّ وَجْهٍ، ولكنَّ صاحبَ الثوبِ صاحبُ الأصلِ فرجَّحْنا جانبَه، وفيما أدخلَ سَاجَةً في بنائِه؛ كان حقُّ الغَاصبِ أصلًا، فيَكُونُ أَوْلَى بالإبقاءِ[٢]، والباقي يُعْلَمُ في نُسَخِ «**طريقة الخلاف**».

قولُه: (غَصَبَ ساجَةً فَبَنَى عَلَيْهَا).

---

(١) وقع بالأصل: «ناقصًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «بالإيفاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ. وَآخَرُ لَنَا فِيهِ: أَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ إِضْرَارًا بِالْغَاصِبِ بِنَقْضِ بِنَائِهِ الْحَاصِلِ مِنْ غَيْرِ خَلَفٍ، وَضَرَرُ الْمَالِكِ فِيمَا ذَهَبْنَا إِلَيْهِ مَجْبُورٌ بِالْقِيمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَاطَ بِالْخَيْطِ الْمَغْصُوبِ بَطْنَ جَارِيَتِهِ أَوْ عَبْدَهُ

غاية البيان

والسَّاجَةُ ـ بالجيمِ ـ: خشبةٌ عظيمةٌ صُلْبَةٌ قويَّةٌ تُحْمَلُ مِن بلادِ الهندِ، وتُسْتَعْمَلُ في أبوابِ الدُّورِ وبنائِها وأساسِها، والبناءُ عبارةٌ عن تركيبٍ على هيئةٍ يُمْكِنُ الانتفاعُ به.

قولُه: (وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ قَدَّمْنَاهُ)، أي: الدليلُ في مسألةِ السَّاجَةِ، هو الذي ذكرناه مِن جانِبنا وجانب الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه في المسألة المتقدِّمة في أول الفصل.

يعني: أن الغَصْبَ عندَه: عدوانٌ لا يَصْلُحُ سببًا للمِلْكِ.

ولنا: أنه أحدَث صنعةً مُتَقَوِّمةً، صار حقُّ المالكِ بها هالكًا مِن وَجْهٍ إلى آخرِ ما قرَّرْناه.

قولُه: (وَآخَرُ لَنَا فِيهِ)، أي: وَجْهٌ آخرُ لنا في غَصْبِ السَّاجَةِ.

بيانُه: أن فيما قال الشَّافعيُّ رضي الله عنه إضرارًا بِالغَاصِبِ؛ لأن فيه إبطالَ حقِّه، وفيما قُلنا إضرارٌ بالمالكِ ولكنَّ ضررَ المالكِ مجبورٌ بالعِوَضِ وهو القِيمةُ، فكان فواتُ حقِّه كلَا فوَاتٍ، فضرَرُ الغَاصِبِ ليس بمجبورٍ بشيءٍ، فيَفُوتُ حقُّه لا إلى خَلَفٍ، فكان قَطْعُ حقِّ المالكِ أَوْلَى مِن قَطْعِ حقِّ الغَاصِبِ.

ولَئِنْ قال: الغَاصِبُ جانٍ [٧/٧٢و/م]، ولا يُبالِي بضررِ الجاني إذا كان فيه دَفْعُ الضررِ عن المَجْنِيِّ عليه(١).

قلنا: نعم، ولكن حقُّ الجاني فيما وراءَ جنايَتِه مَرْعِيٌّ، ودَفْعُ الضررِ عنه واجبٌ؛ لأنَّ عصمةَ مالِه لا تَرْتَفِعُ بجنايتِه، فإذا أمْكَنَ دَفْعُ الضررِ عن المالكِ ـ يَعْنِي

(١) وقع بالأصل: «المَجْنِيّ عنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

أَوْ أَدْخَلَ اللَّوْحَ الْمَغْصُوبَ فِي سَفِينَتِهِ. ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ وَالْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ ﷺ: إِنَّمَا لَا يُنْقَضُ إِذَا بَنَىٰ فِي حَوَالَيِ السَّاجَةِ، أَمَّا إِذَا بَنَىٰ عَلَىٰ نَفْسِ السَّاجَة يُنْقَضُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ. وَجَوَابُ الْكِتَابِ يَرُدُّ ذَلِكَ، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

غاية البيان

بِالضَّمانِ ـ بدونِ ضررِ الغَاصِبِ صورةً ومَعْنًىٰ؛ لا يَجُوزُ الإضرارُ بِالغَاصِبِ صورةً ومَعْنًىٰ.

ولَئِنْ قال: إن الغَاصِبَ أَضرَّ بنفسِه حيثُ باشَر سببَه، وهو إدخالُ سَاجَةِ الغيرِ في بنائِه معَ عِلْمِه بذلك، فلا يَبْقَىٰ مُسْتحقًّا للنظرِ بدَفْعِ هذا الضررِ عنه.

قلنا: لَا نُسَلِّمُ أنه أضرَّ بنفسِه، نعم إنه أدخلَ سَاجَةَ الغيرِ في بنائِه، ولكن إدخالَ سَاجةِ الغيرِ في البناءِ ليس بسببٍ للنقضِ[1]، بل هو سَبَبٌ لانقطاعِ حقِّ المالكِ، وثبوتِ المِلْكِ له.

ولَئِنْ قال: رُوِيَ [٣/٨٢ظ] عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: **«مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»**[2]، فهذا دليلٌ علىٰ أن حقَّ المالكِ لا يَنْقَطِعُ في السَّاجَةِ بإدخالِها في البناءِ؛ لأنه وجَدَ عيْنَ مالِه.

قلنا: نحنُ نَقُولُ بمُوجِبِه، أي: مَن وجَدَ عيْنَ مالِه؛ فهو أحقُّ به، ولكن فيما نحنُ فيه لم يَجِدِ المالكُ عيْنَ مالِه؛ لأن السَّاجَةَ صارَتْ هالكةً مِن وَجْهٍ، فصارَتْ مِلْكًا للغَاصِبِ وانْقَطَع مِلْكُ المالكِ عنها، فكان واجِدًا مالَ الغيرِ لا مالَ نفسِه.

قولُه: (حَوَالَيِ السَّاجَةِ)، بفتحِ اللامِ، **يُقَالُ:** قعَد حَوْلَهُ وحَوَالَهُ وحَوْلَيْه وحَوالَيْه. ولا تَقُلْ: حَوَالِيه بكَسْرِ اللامِ، وقعَد حِيالَهُ وبِحِيالِهِ. أي: بإزائِه[3]. كذا في **«الصحاح»**[4].

(١) وقع بالأصل: «النقض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «وبإزائه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٤) ينظر: «الصحاح في اللغة» للجَوْهَري [٤/١٦٧٩/ مادة: حول].

قَالَ: وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَمَالِكُهَا بِالْخِيَارِ: إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا، ....

قوله: (قَالَ: وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَمَالِكُهَا بِالْخِيَارِ: إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[(١)].

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: (هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ)، واحترَز به عن روايةِ بِشْرٍ والحسنِ ﷺ[(٢)].

بيانُه فيما قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإنْ غصَب شاةً فذبَحها؛ فإنَّ بِشْرًا رَوَىٰ عن أبي يوسفَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن صاحبَ الشَّاةِ بالخيارِ: إنْ شاء أخَذَها ولا شيء له غيرها، وإنْ شاء ترَكَها وَضَمَّنه قيمتَها يومَ غَصَبها، وكذلك رَوَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن صاحبَ الشَّاةِ بالخيارِ: إنْ شاء أخَذَها لا شيءَ له غيرُها، وإنْ شاء ترَكَها وضَمَّنه قيمتَها يومَ غَصَبها.

قال الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: وكذلك إنْ كان سَلَخها حينَ ذبَحَها، أوْ قطَعَ لحْمَها أعضاءً ولم يَطْبُخْهُ، والرأسُ قائمٌ، والجِلْدُ وَالْأَكَارِعُ[(٣)] والبطْنُ؛ كان المَغْصُوبُ بالخيارِ: إن شاء أخَذ ذلك ولم يَكُنْ له غيرَه، وإن شاء ضمَّنَه قيمتَها حيَّةً.

وقال محمَّدٌ في «الأصل» وغيرِه: «[و][(٤)] إنْ شاء المَغْصُوبُ أخَذ الشَّاةَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٢٩].

(٢) ينظر: «الفقه النافع» [٩٢٨/٣]، «بدائع الصنائع» [١٣٥/٦، ١٣٦]، «الاختيار» [٨١/٣، ٨٢].

(٣) الأَكَارِعُ ـ مِن البقر والغنَم ـ: مُسْتَدَقُّ الساق العارِي مِن اللَّحم. ينظر: «المعجم الوسيط» [٧٨٣/٢].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«ف٣».

وَكَذَا الْجَزُورُ، ....

وأخذ ما نَقَصها، وإنْ شاء تَرَكَها وأخَذ قيمتَها حيَّةً»(١)(٢). إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ في «مختصره».

[٧٢/٧ظ/م] وَجْه رواية الحسن ﷺ: أن المقصود مِن الشَّاة اللَّحْم، والذَّبْح يُغرم عليه العِوَض(٣)، فصار الذَّبْحُ في معنىٰ الزِّيَادَة، فإذا سَلَّمَ الغَاصِبُ الشَّاةَ المَذْبُوحَةَ؛ لَمْ يَجُزْ أن يَلْزَمَهُ أَرْشُ النُّقْصَانِ، وإنما ثبَتَ للمالكِ حقُّ تضْمينِ القِيمَةِ؛ لأنه فوَّتَ عليه العِوَضَ مِن العينِ، وإنْ كان الذَّبْحُ زيادةً فيها.

ووَجْهُ روايةِ محمَّدٍ ﷺ - وهي الصحيحةُ -: أن الذَّبْحَ نقْصٌ في الحيوانِ، وهو مما لا يَثْبُتُ فيه الربا، فكان له إمساكُه والرجوعُ بِالنُّقْصَانِ، كما لو قطعَ الثوبَ.

وأمَّا جوازُ تَضْمينِه جميعَ القِيمَةِ: فلأنه بِالذَّبْحِ فوَّتَ الروحَ، فجاز أنْ يَلْزَمَهُ جميعُ قيمَتِها، أصْلُه: إذا قَتلها، ولأنه فوَّتَ المَنْفَعَةَ المقصودةَ مِن العينِ كالحَمْلِ والدَّرِّ والنَّسْلِ، فكان له أنْ يُضَمِّنَه قَدْرَ جميعِ قيمَتِها، أصْلُه: إذا قطعَ يَدَيِ العبدِ(٤). كذا في «شرح الأقطع ﷺ».

قولُه: (وَكَذَا الْجَزُورُ)، يعني: إذا غصَبَ الجَزُورَ، وهي التي أُعِدَّتْ لِلذَّبْحِ مِن الإبلِ مِن الجزْرِ، وهو القطعُ، ثم ذبَحَها؛ فالحُكْمُ فيه كما في غَصْبِ الشَّاةِ إذا ذبَحَها، إمَّا أنْ أخَذَ [٨٣/٣و] العينَ مع نُقْصَانِ الذَّبْحِ، وإمَّا أنْ ترَكَ العينَ وضمنَ جميعَ القِيمَةِ، وإنما ذكرَ الجَزُورَ دَفْعًا لوَهمٍ مُتوَهَّمٍ، وهو أن يُقَالَ: إذا كان الجَزُورُ مُعَدَّةً لِلذَّبْحِ؛ لم يَكُنْ معنىٰ الدَّرِّ والنَّسْلِ فيها مطلوبًا، فكيفَ يَلْزَمُ النُّقْصَانُ، بل

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨٢/١١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٣/ داماد].

(٣) وقع بالأصل: «العرض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٤٠٢].

وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِتْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ بِاعْتِبَارِ فَوتِ بَعْضِ الْأَغْرَاضِ مِنَ الْحَمْلِ وَالدَّرِّ وَالنَّسْلِ وَبَقَاءِ بَعْضِهَا وَهُوَ اللَّحْمُ فَصَارَ

غاية البيان

الذَّبحُ زيادةٌ فيه؛ لأنه يُؤْخَذُ[1] لأجْلِه العِوَضَ.

فأجابَ عنه وقال: لا يَتفاوَتُ الحُكْمُ بينَ أن يَكُونَ الحيوانُ مُعَدًّا لِلذَّبحِ، أوْ لم يَكُنْ؛ لأن الذَّبحَ في الحيوانِ نقصٌ مِن حيثُ هو تفويتُ الحيوانِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُمَا)، أي: يدُ الشَّاةِ والجَزُورِ. أي: حُكْمُ قَطْعِ يدِ الشَّاةِ والجَزُورِ كحُكْمِ ذَبْحِهِما.

يعني: أن للمالكِ الخيارَ: إن شاء أخَذَ العينَ مع نُقْصانِ القطعِ، وإنْ شاء ترَكَ العينَ للغَاصِبِ وضمَّنَه جميعَ القِيمَةِ، وهذه روايةٌ عن أصحابِنا، والظاهرُ أن له[2] تضمينَ جميعِ القِيمَةِ بلا خيارٍ، ألَا ترىٰ إلىٰ ما قال الحاكمُ الشهيد ﵀ في «مختصره» المسمَّىٰ بـ«الكافي»: «وأمَّا الدَّابَّةُ إذا غصَبَها فقطَع يدَها أوْ رِجْلَها، فلا يُشْبِهُ هذا. أي لا يُشْبِهُ الخَرْقَ الكبيرَ في الثوبِ.

قال: لأنه استهلَكَها، وليس يَنْتَفِعُ صاحبُها بما بقِيَ، والغَاصِبُ ضامنٌ لقيمةِ الدَّابَّةِ، وهي له، وكذلك لو كانتْ بقرةً، أوْ شاةً، أوْ جزورًا فذبَحها، أوْ قطَع يدَها، أوْ رِجْلَها»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﵀، وذلك لأن الدَّابَّة بعدما قُطِعَتْ يدُها أوْ رِجْلُها، لا يُنْتَفَعُ بها انتفاعَ الدوابِّ، فصارَتْ هالكةً، فإذا صارَتْ هالكةً، والغَاصِبُ مُسْتهلِكٌ يَجِبُ عليه القِيمَةُ، وتَكُونُ الدَّابَّةُ له، بخلاف الثوب، فإن الثوب بالخَرْق الفاحش لا يكون هالكًا؛ لأنه يُمْكِن أنْ يُنْتَفع به انتفاع الثياب، فلا يُضمِّنه القِيمَةَ بلا خيار، بل يكون للمالك الخيار».

---

(١) وقع بالأصل: «يوجد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٢) وقع بالأصل: «أنه لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

كَالْخَرْقِ الْفَاحِشِ فِي الثَّوْبِ، وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ، فَقَطَعَ الْغَاصِبُ طَرَفَهَا؛ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا لِوُجُودِ الاسْتِهْلَاكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ،

غاية البيان

ثم ذكر الحاكمُ وقال: «وكذلك لو كانت [٧/٧٣و/م] شاةً، أوْ بقرةً، أوْ جَزُورًا فذبَحها، أوْ قَطَع يدها، أوْ رِجْلَها[1]؛ لأن هذا إتلافُ الدَّابَّةِ، وإن كانت مأكولةَ اللَّحْمِ؛ لأنَّ الدَّابَّةَ لا تَبْقَى، وإنما بقِيَ اللَّحْمُ، واللَّحْمُ غيرُ الدَّابَّةِ».

وقد رُوِيَ في روايةٍ: أن له الخيارَ في مأكولِ اللَّحْمِ؛ لأنَّ اللَّحْمَ مقصودٌ كما أن عَيْنَها مقصودٌ، واللَّحْمُ لم يتْلَفْ، فكان حقُّه قائمًا مِن وَجْهٍ، فكان له الخيارُ: إن شاء تَرَكَ اللَّحْمَ عليه وضَمَّنه قِيمَةَ الدَّابَّةِ، وإن شاء أخَذَ اللَّحْمَ وضَمَّنه قِيمَةَ النُّقْصَانِ. كذا في بعض «شروح الكافي».

قولُه: (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ غَيْرَ مَأْكُولِ اللَّحْمِ، فَقَطَعَ الْغَاصِبُ طَرَفَهَا؛ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا)، هذا الفرقُ بينَ مأكولِ اللَّحْمِ وغيرِ مأكولِ اللَّحْمِ في قَطْعِ الطرَفِ على ما ذهَب إليه صاحبُ «الهداية» ﷺ، والظاهرُ وجوبُ تضْمينِ جميعِ القِيمَةِ فيهما بلا خيارٍ، وقد مَرَّ قبلَ هذا.

قال في «الواقعات الحسامية» في بابِ الغَصْبِ بعلَامةِ السين[2]: «رَجُلٌ غصَبَ دابةً فقطعَ يدَها؛ فهذا على وجْهَيْنِ: إمَّا إن كانت هذه لا يُؤْكَلُ لحْمُها، أوْ يُؤْكَلُ.

ففي الوجهِ الأوَّلِ: [لا][3] يَكُونُ لصاحبِ الدَّابَّةِ خيارٌ؛ لأنه استهلكَ مِن كلِّ وَجْهٍ.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلى كتاب: «فتاوى أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ = الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ الْمَمْلُوكِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ مَعَ أَرْشِ الْمَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ يَبْقَىٰ مُنْتَفِعًا بِهِ بَعْدَ قَطْعِ الطَّرْفِ.

غاية البيان

وفي الوجهِ الثاني: له الخيارُ؛ لأنه استهلك مِن وَجْهٍ».

وأراد صاحبُ «**الهداية**» بقَطْعِ الغَاصِبِ طرَفَ [٣/٨٣ظ] الدَّابَّةِ: أحدَ قوائِمِها؛ لأن في عيْنِ الحِمارِ أو البَغْلِ أو الفَرسِ رُبعَ القِيمَةِ، وكذلك في عينِ البقرِ والجَزُورِ رُبعَ القِيمَةِ، وفي عيْنِ الشَّاةِ ما نقَصَها على ما سَيَجِيءُ في كتابِ الدِّيَاتِ إن شاء الله تعالىٰ.

ونَقَلَ في «**الأجناس**» عن كتابِ «**الجنايات والديات**» روايةَ بِشْرِ بنِ غياثٍ: قال أبو حَنِيفَةَ ﷺ: في إحدىٰ عيْنَيِ الحِمارِ أو البَغْلِ رُبعَ القِيمَةِ، ولو فقَأَ عيْنَ شاةٍ، أوْ جَمَلٍ، أوْ طيْرٍ، أوْ كلبٍ، أوْ سِنَّوْرٍ، أوْ دَجاجةٍ، أوْ حَمَامةٍ، أوْ نَعَامةٍ؛ عليه ما نقَصَه. وقال أبو يوسفَ ﷺ في ذلك كلِّه: عليه ما نقَصَه في جميعِ البهائمِ[1].

قالوا: في قَطْعِ أُذُنِ الدَّابَّةِ وذَنَبِها يَضْمَنُ النُّقْصَانَ، وجُعِلَ ذلك نُقصانًا يسيرًا.

وعن شُرَيْحٍ ﷺ: إنْ قطَع ذَنَبَ حمارِ القاضي يَضْمَنُ القِيمَةَ جميعَها، وإن كان لغيرِه يَضْمَنُ النُّقْصَانَ.

قولُه: (**بِخِلَافِ قَطْعِ طَرَفِ الْمَمْلُوكِ**)، يتَّصلُ بقولِه: (**لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهَا**)، يعني: أن للمالكِ أنْ يُضَمِّنَ جميعَ قِيمَةِ الدَّابَّةِ إذا كانت غيرَ مأكولِ اللَّحْمِ كالحِمارِ وقطعَ الغَاصِبُ طَرَفَها بلا خيارٍ، وليس له أنْ يَأْخُذَ الدَّابَّةَ مع نُقْصانِ قَطْعِ الطرَفِ، بخلافِ العبدِ إذا قطعَ الغَاصِبُ طَرَفَه، حيثُ كان له أنْ يَأْخُذَ العبدَ مع أَرْشِ اليدِ المقطوعةِ، هذا إذا لم تَكُنِ الجِنَايَةُ مُسْتهلكةً.

أمَّا إذا كانت مُسْتهلكةً: فليس للمالكِ أنْ يَأخُذَ الأَرْشَ مع إمساكِ الجُثَّةِ عندَ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٤١٢، ٤١٣].

قَالَ: وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا؛ ضَمِنَ نُقْصَانَهُ وَالثَّوْبُ لِمَالِكِهِ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَيَضْمَنُهُ.

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما، وقد عُرِفَ ذلك في «المختلف»[1] و«المنظومة».

بيانُه: أن كلَّ جِنَايةٍ لو حصلَتْ في الحُرِّ؛ أوجبَتْ كمالَ الدِّيَةِ، فإذا [٧/٧٣ظ/م] حصلَتْ في العبدِ؛ فتلك مُستهلكةٌ كَفَقْءِ العينِ، وقَطْعِ اليدينِ والرِّجْلَيْنِ، والذَّكَرِ، وقَطْعِ يدٍ ورِجْلٍ مِن جانبٍ واحدٍ، وأمَّا في قَطْعِ الأُذُنَيْنِ، وحَلْقِ الحاجِبَيْنِ إذا لم تَنْبُتْ؛ ففيه روايتانِ:

في روايةٍ: جعلَه مُستهلكًا، وفي روايةٍ: لم يَجْعَلْهُ مُسْتهلكًا، وكلُّ جِنَايَةٍ لو حصلَتْ في الحُرِّ لا تُوجِبُ كمالَ الدِّيَةِ، كقَطْعِ يدٍ أوْ رِجْلٍ، وقَطْعِ يدٍ ورِجْلٍ مِن خلافٍ، فتلك الجِنَايةُ غيرُ مُسْتهلَكةٍ.

ثم في الجِنَايَةِ المُسْتهلكةِ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: المولىٰ بالخيارِ: إن شاء حبَسَ العبدَ لنفسِه، ولا يَرْجِعُ بشيءٍ، وإن شاء سلَّمه إلىٰ الجاني ويَرْجِعُ بقيمَتِه.

وقال صاحِباه: إن شاء سَلَّمَ ورَجَعَ بِالقِيمَةِ، وإن شاء حبَسَ لنفسِه ورَجَع بالنُّقْصَانِ. كذا ذَكَر في كتابِ القِصاصِ مِن «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا؛ ضَمِنَ نُقْصَانَهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ خَرَقَه خَرْقًا كبيرًا يُبْطِلُ عامَّةَ منافعِه، فلمالِكِه أنْ يُضَمِّنَه جميعَ قيمَتِه»[2].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإنْ غصَبَ ثوبًا فخَرَق فيه خَرْقًا. قال: إن كان خَرْقًا صغيرًا؛ ضمَّنَ الغَاصِبَ ما نقَصَه الخَرْقُ، وأخَذ صاحبُ الثوبِ ثوبَه،

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٢٤].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٩].

وَإِنْ خَرَقَ خَرْقًا كَثِيرًا بِحَيْثُ يُبْطِلُ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ فَلِمَالِكُهُ أَن يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ اِسْتِهْلَاكٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَكَأَنَّهُ أَحْرَقَهُ. قَالَ ﷺ: وَمَعْنَاهُ يَتْرُكُ الثَّوْبَ عَلَيْهِ: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ؛ لِأَنَّهُ تَعِيبٌ مِنْ وَجْهٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَيْنَ بَاقٍ، وَكَذَا بَعْضُ الْمَنَافِعِ قَائِمٌ، ثُمَّ إِشَارَةُ الْكِتَابِ إِلَىٰ أَنَّ الْفَاحِشَ مَا

غاية البيان

وإن كان الخَرْقُ كبيرًا قد أفسَد الثوبَ؛ فصاحبُه بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ [٨٤/٣و] قِيمَةَ ثوبِه، وكان الثوبُ للغَاصِبِ، وإنْ شاء أخَذ ثوبَه، وأخَذ ما نقَصَه»[1].

إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﷺ، وذلك لأن المحلَّ قائمٌ بحالِه، ولكن تمكَّن فيه نُقْصَانٌ بفِعْلِ الغَاصِبِ، فوَجَبَ الجبْرُ بالضَّمَانِ؛ لأنه ممَّا لا يَجْرِي فيه الرِّبا، وإن كان الخَرْقُ كبيرًا قد أفسدَ الثوبَ؛ فالمالك بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ قِيمَةَ الثوبِ، وترَك الثوبَ عليه، وإنْ شاء أخَذ الثوبَ وأخَذ ما نقَصَه الخرْقُ؛ لأنه تعَيَّبَ بعَيْبٍ فاحشٍ، فصار المحلُّ هالكًا من وَجْهٍ، فكان الخيارُ إليه، إن شاء مالَ إلىٰ جانبِ الهلاكِ فأخَذ ضمانَ الثوبِ، وإن شاء مالَ إلىٰ جانبِ القِيامِ فأخَذ النُّقْصَانَ.

وإن شاء مزَّقه تمزيقًا، بحيثُ لا يُمْكِنُ خِياطتُه ولُبْسُه؛ ضمَّنَه قيمتَه لا محالةَ؛ لأنه لَمْ يَبْقَ مُنْتفعًا به أصلًا. كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**».

ثم قال شيخُ الإسلام ﷺ: «وقال بعضُ أصحابِنا ﷺ: هذا إذا كان الخَرْقُ بحالٍ لا يُمْكِنُ الخِياطةُ، فأمَّا إذا أمْكَنَ خِياطَتُه، ولم يَبْقَ بعدَ الخياطةِ نُقْصَانٌ متفاحِشٌ؛ لا يَكُونُ له تضمينُ [جميع][2] القِيمَةِ، ويُؤْخَذُ بالخِياطةِ، ثم يُضَمَّنُ النُّقْصَانَ إنْ بقِيَ بعدَه، كمَنْ جرَح إنسانًا جرْحًا يَنْدَمِلُ، يُؤْخَذُ بأُجْرَةِ الطبيبِ، فإنْ بقِيَ نقْصٌ بعدَ ذلك أخَذَ أرْشَه، كذلك ههنا. كذا في «**شرح الكافي**».

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

يُبْطِلُ بِهِ عَامَّةَ الْمَنَافِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْفَاحِشَ مَا [١٥٣/و] يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ وَيَبْقَى بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ، وَالْيَسِيرُ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَنْفَعَةِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ﷺ جَعَلَ فِي الْأَصْلِ قَطْعَ الثَّوْبِ نُقْصَانًا فَاحِشًا وَالْفَائِتُ بِهِ بَعْضُ الْمَنَافِعِ.

غاية البيان

هذا [٧٤/٧و/م] إذا غصَبَ ثوبًا فخرَقَه، أمَّا إذا غصَبَ ثوبًا فقطَعه قميصًا، ولم يَخِطْه؛ فله أنْ يأخُذَه ويُضمِّنه ما نقصَ القطعُ[1]. كذا ذكَر الحاكمُ ﷺ في «الكافي»، وذلك لأن عيْنَ مالِه قائمٌ لم ينْعَدِمْ، فكان له أنْ يأخُذَهُ ويُضمِّنَه[2] النُّقْصانَ؛ لأنه أتلفَ بعْضَه.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإن شاء ضَمَّنه قيمتَه؛ لأنه تعَيَّبَ عندَه بعَيْبٍ فاحشٍ، وإنْ خاطَه قميصًا أوْ غيرَه؛ فليس لصاحبِه أنْ يَأْخُذَه؛ لأنه صار شيئًا آخَر، وتعلَّقَتْ به مصلحةٌ أُخرىٰ، فصار الأوَّلُ هالكًا مِن حيثُ المعنىٰ، فصار للمالكِ ولايةُ التضمينِ».

واختلف المشايخُ ﷺ في الفرقِ بينَ الخَرْقِ اليَسِيرِ والفاحشِ: قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «قال بعضُهم: إنْ أوجبَ الخَرْقُ نُقْصانَ رُبعِ القِيمَةِ فصاعدًا؛ فهو فاحشٌ، وما دونَه يَسِيرٌ. وقال بعضُهم: ما لا يَصْلُحُ الباقي لثوبٍ ما فهو فاحشٌ، واليَسِيرُ ما يَصْلُحُ. والصحيحُ أن الفاحشَ ما يفُوتُ به بعضُ العينِ وبعضُ المَنْفَعَةِ، واليَسِيرُ ما يفُوتُ به بعضُ المَنْفَعَةِ»[3]. كذا في «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

وقال صاحبُ «الهداية»: (وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

(٢) وقع بالأصل: «ويضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٧١]، «التصحيح والتراجيح» [ص/٢٩٩]، «اللباب في شرح الكتاب» [١٩١/٢].

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا، أَوْ بَنَى، قِيلَ لَهُ: اِقْلَعِ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَرُدَّهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ»؛ وَلِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِ الأَرْضِ بَاقٍ،

غاية البيان

وبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ، وَالْيَسِيرُ مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَنْفَعَةِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِيهِ النُّقْصَانُ)، أي: النُّقْصَانُ في ماليَّةِ الثوبِ بسببِ فوْتِ الجَوْدةِ، واستدلَّ بأنَّ محمَّدًا رحمه الله جعلَ في «الأصل» قطْعَ الثوبِ نُقصانًا فاحشًا، حيثُ جعلَ للمالكِ ولايةَ تضْمينِ جميعِ القِيمَةِ، والفائتُ بالقطعِ بعضُ المَنافعِ لا عامَّةَ المَنافعِ؛ كما أشار إليه القُدُورِيُّ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا، أَوْ بَنَى، قِيلَ لَهُ: اِقْلَعِ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ [٣/٨٤ظ] وَرُدَّهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ كانتِ الأرضُ تنْقُصُ بقَلْعِ ذلك؛ فللمالكِ أنْ يَضْمَنَ له قِيمَةَ البناءِ والغَرْسِ مقلوعًا، ويَكُونُ له»(١).

قال صاحبُ «الهداية» رحمه الله: (مَعْنَاهُ: قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ)، يعني: ليس معنى قولِه(٢): «مقلوعًا»، أنه يُقْلَعُ، ثم يُقَوَّمُ، بل يُقَوَّمُ وهما قائمانِ بقيمةِ ما لو كانا مقلوعَيْنِ.

وقد مَرَّ في أوائلِ كتابِ الغَصْبِ عندَ قولِه: (وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)، أن عباراتِ مشايخنا اختلفَتْ في غَصْبِ الدُّورِ والعَقَارِ على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله.

فقال بعضُهم: يتحَقَّقُ فيها الغَصْبُ، ولكن لا على وَجْهٍ يُوجِبُ الضَّمَانَ، وإليه مال القُدُورِيُّ رحمه الله في قولِه: «وإذا غصَب عقارًا فهلَك في يدِه؛ يَضْمَنُه عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله»(٣). فعلى [٧/٧٤ظ/م] هذا لا يَرِدُ السؤالُ في قولِه: «ومَنَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٠].

(٢) أي: القُدُورِيُّ رحمه الله.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٩].

فَإِنَّ الْأَرْضَ لَمْ تَصِرْ مُسْتَهْلَكَةً وَالْغَصْبُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهَا، وَلَا بُد لِلْمِلْكِ مِنْ سَبَبٍ فَيُؤْمَرُ الشَّاغِلُ بِتَفْرِيغِهَا، كَمَا إِذَا شَغَلَ ظَرْفَ غَيْرِهِ بِطَعَامِهِ. فَإِنْ كَانَتْ

غصَبَ أرضًا»[1].

وقال بعضُهم: لا يتَحَقَّقُ.

فيُجَاب عنه بأنْ يُقالَ: لَمَّا تَصَوَّر بصورةِ الغَصْبِ سمَّاه غصْبًا، كما في قولِه تعالى: ﴿إِلَّآ إِبۡلِيسَ﴾ [البقرة: ٣٤]. فإنه تصَوَّر بصورةِ الملائكةِ.

والأصلُ هنا: ما رُوِيَ في كتابِ الخَرَاجِ مِن كتابِ «السِّيَر»: مُسْنَدًا[2] إلى هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ»[3].

وقال صاحبُ «السنن»: «قَالَ هِشَامٌ: الْعِرْقُ الظَّالِمُ: أَنْ يَغْتَرِسَ الرَّجُلُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ، فَيَسْتَحِقَّهَا بِذَلِكَ. وَقَالَ مَالِكٌ ﷺ: الْعِرْقُ الظَّالِمُ: كُلُّ مَا أُخِذَ وَاحْتُفِرَ وَاغْتُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ»[4].

قال في «الفائق»: «أي: لذي عِرْقٍ ظالمٍ، وهو الذي يغْرِسُ فيها غَرْسًا على

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٠].

(٢) وقع بالأصل: «مستندًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الخراج/ باب في إحياء الموات [رقم/٣٠٧٣]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما ذكر في إحياء أرض الموات [رقم/١٣٧٨]، والنسائي في «السنن الكبرى» في كتاب إحياء الموات/ من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد [رقم/٥٧٦١]، وأبو يعلى في «مسنده» [٢٥٢/٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٩٩/٦]، من طريق هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ ﷺ به.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب». وقال ابنُ الملقن: «رواه أبو داود في «سننه» بإسناد صحيح رجاله رجال الصحيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٧٦٦/٦].

(٤) ينظر: «سنن أبي داود» [١٩٥/٢].

وَقَوْلُهُ: قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا. مَعْنَاهُ قِيمَةُ بِنَاءٍ أَوْ شَجَرٍ يُؤْمَرُ بِقَلْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، إِذْ لَا قَرَارَ لَهُ فِيهِ فَيَقُومُ الْأَرْضُ بِدُونِ الشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ وَتَقُومُ وَبِهَا شَجَرٌ أَوْ بِنَاءٌ، لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

مِن ترابِ هذه الأرضِ فلَه النقضُ»[1]. كذا في «**الخلاصة**».

وقال في «**الواقعات الحُسَامِيَّة**» في بابِ الغَصْبِ بعلَامةِ العينِ[2]: «رَجُلٌ غصَبَ أرضًا فزرَعها حِنطَةً، ثم اختصَما وهي بَذْرٌ لم يَنْبُتْ [بعدُ][3]، فصاحبُ الأرضِ بالخيارِ: إن شاء تركَها حتى تُنبِتَ، ثم يقُولَ له: اِقْلَعْ زَرْعَك. وإنْ شاء أعطاه ما زاد البَذْرُ فيه.

أَمَّا الخيارُ: فلأنه لا طريقَ لتفريغِ [٧٥٠/و م] الأرضِ إلا ذلك، فإنِ اختار إعطاءَ الضَّمَانِ، كيف يَضْمَنُ؟

رَوَىٰ هشامٌ عن محمَّدٍ ﷺ: أنه يَضْمَنُ ما زاد البَذْرُ فيه، فتُقَوَّمُ الأرضُ وليس فيها بذُورٌ، وتُقَوَّمُ وفيها بَذْرٌ.

ورَوَىٰ المُعَلَّىٰ عن أبي يوسفَ ﷺ: أنه يُعطيه مثلَ بَذْرِه، والمختارُ أنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ بَذْرِه، ولكن مبذورًا في أرضِ غيرِه، وهو أن تُقَوَّمَ الأرضُ غيرَ مَبْذورةٍ، وتُقَوَّمَ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٥٥].

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة العين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «العيون» لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«قا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٦٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

....

مَبْذورةً، لكن بِبَذْرٍ لغيرِه حقُّ النقضِ والقَلْعِ إذا نبتَ[1]، فَفَضْلُ [ما][2] بينَهما قِيمَةُ بَذْرٍ مبذورًا في أرضِ غيرِه».

وقال في «الواقعات» أيضًا في بابِ الغَصْبِ بعلَامةِ الباءِ[3]: «رَجُلٌ أَلْقَىٰ بَذْرَه في أَرْضِه، فجاء آخرُ وأَلْقَىٰ بَذْرَه وسقَىٰ الأرضَ، فنبَتَ البَذْرانِ جميعًا، أَوْ أَلْقَىٰ [فيها][4] بَذْرَه، وقلَّبَ[5] الأرضَ قبلَ أَنْ يَنْبُتَ بَذْرُ صاحبِ الأرضِ، فنبَتَ البَذْرانِ جميعًا، فما نبَتَ يَكُونُ للآخَرِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ [لأن خَلْطَ الجنسِ بالجنسِ استهلاكٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ][6]، وعليه للأَوَّلِ قِيمَةُ بَذْرِه، ولكن مَبْذورًا في

---

(١) وقع بالأصل: «لبتَ». والمثبت من: «م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ=الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٦٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ=الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٦٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٣) يعْنِي بـ: «علَامة الباء»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «مسائل: أبي بكر محمد بن الفضل». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٧٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٥) وقع بالأصل: «وقلبت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٧٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ=الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٧٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ؛ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ، وَمِثْلَ السَّوِيقِ، وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا.

غاية البيان

أرضِ مِلْكِه.

وطريقُ معرفةِ ذلك ما مَرَّ، لكن ثَمَّةَ يَضْمَنُ قِيمَةَ بَذْرِه في أرضِ غيرِه، وههنا يَضْمَنُ قِيمَةَ بَذْرِه في أرضِ نَفْسِه، فإنْ جاء صاحبُ الأرضِ وهو الأوَّلُ، فألقَى فيها بَذْرَ نَفْسِه مرَّةً ثالثةً، وقلَّبَ[1] الأرضَ قبلَ أنْ يَنْبُتَ فيها البَذْرانِ، أوْ لم يَقْلِبْ، وسَقَى ما نبَتَ مِن البذُورِ كلِّها؛ فهو له وعليه للغَاصِبِ مِثْلُ بَذْرِه لكن مَبْذورًا في أرضِ غيرِه؛ لأنه أتلَفه كذلك». وكتَبْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

وقولُه: (وَالْغَرْسُ)، يُرْوَى بفتحِ الغينِ والكسرِ جميعًا.

فالأوَّلُ: مصدرٌ أُرِيدَ به المفعولَ. أي: المَغْروسَ مِن الشجرِ والنخلِ.

والثاني: اسمُ ما يُغْرَسُ مِن الشجرِ والنخلِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ؛ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبٍ أَبْيَضَ، وَمِثْلَ السَّوِيقِ، وَسَلَّمَهُ لِلْغَاصِبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[2].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصر الكافي»: «فإنْ كان اغتصَب ثوبًا فصبَغه أحمرَ أو أصفرَ؛ فإنَّ صاحبَ الثوبِ بالخيارِ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ قِيمَةَ الثوبِ،

---

(١) وقع بالأصل: «وقلبت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الكبرى= الواقعات» للصدر الشهيد [ق١٧٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٠].

....

وكان الثوبُ للغَاصِبِ، وإن شاء أخَذ الثوبَ وضَمِنَ للغَاصِبِ ما زاد الصِّبْغُ في الثوبِ، قال أبو عصمةَ: فإنْ شاء ربُّ الثوبِ باع الثوبَ، فضرَب فيه بقيمةِ [٣/٨٥ظ] ثوبِه أبيضَ، وضرَب هذا الغَاصِبَ بما زاد الصِّبْغُ فيه»[1]. إلى هنا لفظُ الحاكمِ في «الكافي».

وإنما كان الخيارُ لصاحبِ الثوبِ دونَ الغَاصبِ؛ لأن مالَه مَتْبوعٌ، ومالُ الغَاصِبِ تبعٌ.

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وقال الشَّافعيُّ ﷺ: يَأْخُذُ الثوبَ، ويأمُرُ الغَاصِبَ [٧/٧٥ظ/م] بغَسْلِ الصِّبْغِ[2] وإزالتِه، فإنِ انتقصَ ضَمَّنه النُّقْصَانَ؛ لأنه شَغَلَ مِلْكَ الغيرِ بمِلْكِ نفسِه، فيُؤْمَرُ بالتفريغِ، كما لو غصَب سَاجَةً وبنَىٰ عليها، بخلافِ السَّمْنِ في السَّوِيقِ، حيثُ لا يُؤْمَرُ الغَاصِبُ بإزالةِ السَّمْنِ؛ لأنه يتعَذَّرُ تمييزُه بعدَ اللَّتِّ، ونحنُ نقولُ: مراعاةُ الحقوقِ واجبةٌ بقَدْرِ الإمكانِ، وقد أَمْكَنَ بإيصالِ بدلِ الصِّبْغِ إليه.

والجوابُ عن فَصْلِ السَّاجَةِ: أنه ثَمَّة إذا أَمَر الغَاصِبَ بنَقْضِ البناءِ؛ يَكُونُ النقضُ له، ولا يَكُونُ مالُه ضائعًا، وإذا أَمَر بإزالةِ الصِّبْغِ يتلاشَىٰ، فيضيعُ حقُّه، فلا يَجُوزُ ذلك؛ لأن عِصْمةَ مالِ الغَاصِبِ لا تَرْتَفِعُ بِالغَصْبِ».

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال القُدُورِيُّ ﷺ في شَرْحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ» بقولِه: «وإنما لم يملكِ[3] الغَاصِبُ الثوبَ؛ لأن الاسمَ لم يَزُلْ، وعامَّةُ المَنَافعِ باقيةٌ، وإنما ثبَتَ الضَّمَانُ؛ لأن المالكَ لا يَنتَفِعُ به بعدَ الصِّبْغِ كما يُنْتَفِعُ به قبْلَه،

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

(٢) وقع بالأصل: «الثوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) وقع بالأصل: «وإنا لم نملك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

ولأنه لم يَرْضَ التزامَ بدلِ الصِّبْغِ، فلم يَجُزْ إلزامُه ذلك، فإذا لم يَلْزَمْهُ؛ فهو بالخيارِ بينَ ثلاثةِ أشياءَ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ قِيمَةَ ثوْبِه أبيضَ؛ لأنه أفسَد مِلْكَه، وفَوَّتَ الغرضَ منه، وإن شاء أخَذ الثوبَ وغَرِمَ قِيمَةَ الصِّبْغِ؛ لِمَا بَيَّنَّا أن الثوبَ علىٰ مِلْكِه، والصِّبْغُ عيْنُ مالِه قائمةٌ، فلا يَجُوزُ أن يَسْتَحِقَّهُ علىٰ الغَاصِبِ بغيرِ عِوَضٍ.

وإن شاء لم يُضَمِّنِ الغَاصِبَ، وترَكَ الثوبَ علىٰ الحالةِ، والصِّبْغُ للغَاصِبِ فيه، فإذا بِيعَ فالثمنُ علىٰ قَدْرِ حقِّهما، وذلك لأن الضَّمَانَ يَثْبُتُ لحَقِّ المالكِ، فإذا رَضِيَ بتَرْكِه جاز، وإذا سَقَطَ الضَّمَانُ؛ صار كأن الريحَ ألْقَتِ الثوبَ في صِبْغِ رَجُلٍ، فيَكُونُ مشتركًا بينَ صاحبِ الصِّبْغِ وصاحبِ الثوبِ، لهذا ثوبُه، ولهذا صِبْغُه»[1].

والوجهُ الأخيرُ مِن الخيارِ: لم يُذْكَرْ في «مختصر الكَرْخِيِّ»، و«مختصر القُدُورِيِّ».

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا الْوَجْهَ فِي السَّوِيقِ)، يعني: أن رعايةَ الجانبَيْنِ واجبةٌ، وصاحبُ[2] السَّوِيقِ صاحبُ الأصلِ، فكان له الخيارُ: إن شاء ضمَّنَ الغَاصِبَ السَّوِيقَ، فكان السَّوِيقُ له، وإن شاء أخَذَه وضَمِنَ السَّمْنَ للغَاصِبِ؛ لأنه احتبسَ حقَّ الغَاصِبِ عندَه.

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا غصَبَ سَوِيقًا فَلَتَّه بِسَمْنٍ؛ فصاحبُه بالخيارِ: إن شاء ضَمَّنه قِيمَةَ سَوِيقِه، وإنْ شاء أخَذ سَوِيقَه، وضَمِنَ للغَاصِبِ ما زاد فيه مِن السَّمْنِ»[3].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابِيُّ ﷺ: «وفيه إشكالٌ، وهو أنه قد

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤/ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «وصار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: فِي الثَّوْبِ: لِصَاحِبِهِ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْمُرُ الْغَاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبْغِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ **اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ**؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُمْكِنٌ، بِخِلَافِ السَّمْنِ فِي السُّوَيْقِ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ مُتَعَذِّرٌ.

وَلَنَا: مَا بَيَّنَّا أَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ وَالْخِيَرَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ لِكَوْنِهِ صَاحِبَ الْأَصْلِ، بِخِلَافِ السَّاحَةِ يَبْنِي فِيهَا؛ **لِأَنَّ النُّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ**؛

غاية البيان

في الكتابِ: ضَمَّنه قِيمَةَ السَّوِيقِ وأنه مِثْلِيٌّ، ولم يَقُلْ: مِثْلَه، وقد اختلَف أصحابُنا في ذلك، **والصحيحُ** ما ذكَره في الكتابِ؛ لأن السَّوِيقَ أجزاءُ حِنطَةٍ مَقْلِيةٍ [٨٦/٣و]، والحِنطَةُ بالقَلْيِ تخرُجُ مِن أن تَكُونَ من ذواتِ الأمثالِ؛ لأن القَلْيَ يَسُدُّ طريقَ المُمَاثَلَةِ، فلا يَكُونُ السَّوِيقُ مِثْليًّا».

وذكَرَ **صدْرُ الإسلامِ أبو اليُسْرِ** ﷺ في «**شرح** [٧/٧٦و/م] **الكافي**»: «أن السَّوِيقَ مِن ذواتِ القِيَمِ، وإنْ كان مَكِيلًا، وقال: كلُّ مكيلٍ لا يَكُونُ مِثْليًّا، وكذا كلُّ مَوْزونٍ لا يَكُونُ مِثْليًّا، إنما المِثْلِيُّ من المَكِيلَاتِ والمَوْزُونَاتِ ما هي مُتقاربةٌ، والتي هي مُتفاوتةٌ، فليسَتْ بمِثْلِيٍّ كالعَدَدِيَّاتِ، فإنَّ المُتَقَارِبَةَ أمثالٌ، أمَّا المُتَفَاوِتَةُ فلا، وكانتِ المَكِيلَاتُ والمَوْزُونَاتُ والعَدَدِيَّاتُ سواءً، وكذا يَجِبُ أن تَكُونَ الزَّرْعِيَّاتُ على هذا، وبينَ السَّوِيقِ والسَّوِيقِ قد يَكُونُ تفاوُتٌ فاحشٌ بسببِ القَلْيِ، فلا تَكُونُ أمثالًا مُتساويةً».

قولُه: (**اعْتِبَارًا بِفَصْلِ السَّاحَةِ**)، هي بالحاءِ المهملةِ. كذا صحَّ سماعُنا، وكذا في قولِه: (**بِخِلَافِ السَّاحَةِ**)، وقد مَرَّ بينَ الاعتبارِ منقولًا عن «**شرح الكافي**».

قولُه: (**لِأَنَّ النُّقْضَ لَهُ بَعْدَ النَّقْضِ**)، الأوَّلُ: بضمِّ النونِ. والثاني: بالفتحِ، أي: لأن الحاصلَ مِن البُنيانِ المنقوضِ كالخَشَبِ والآجُرِّ للغَاصِبِ.

ثُمَّ انصَبَغَ فَيَتَلَاشَى، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا انصَبَغَ بِهُبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ لَا جِنَايَةَ مِنْ صَاحِبِ الصَّبْغِ لِيُضَمَّنَ الثَّوْبَ فَيَتَمَلَّكُ صَاحِبَ الأَصْلِ الصَّبْغَ.

قَالَ أَبُو عِصْمَةَ ﷺ فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ: وَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوْبِ بَاعَهُ وَيَضْرِبُ بِقِيمَتِهِ أَبْيَضَ وَصَاحِبُ الصَّبْغِ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَلَّا يَتَمَلَّك الصَّبْغُ بِالْقِيمَةِ، وَعِنْدَ امْتِنَاعِهِ تَعَيَّنَ رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ وَيَتَأَتَّى، [١٥٣/ظ] هَذَا فِيمَا إِذَا انْصَبَغَ الثَّوْبُ بِنَفْسِهِ، وَقَدْ ظَهَرَ بِمَا ذَكَرْنَا لِوَجْهِ فِي السُّوَيْقِ، غَيْرَ أَنَّ السُّوَيْقَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَيَضْمَنُ مِثْلَهُ وَالثَّوْبُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَقَالَ فِي الْأَصْلِ: يَضْمَنَ قِيمَةَ السُّوَيْقِ؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْقلي فَلَمْ يَبْقَ مِثْلِيًّا. وَقِيلَ: الْمُرَادُ مِنْهُ الْمِثْلُ سَمَّاهُ بِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ، وَالصُّفْرَةُ كَالْحُمْرَةِ.

وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ؛ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

غاية البيان

يُقَالُ: لَتَّ السَّوِيقَ يَلُتُّه لَتًّا[١]؛ إذا بَسَّهُ بالماءِ أَوْ غيرِه.

قولُه: (لِيُضَمَّنَ الثَّوْبَ)، على صيغةِ[٢] المبْنِيِّ للمفعولِ مِن التضمينِ، والثوبَ منصوبٌ على أنه مفعولٌ ثاني.

قولُه: (قَالَ أَبُو عِصْمَةَ)، هو سعدُ بنُ معاذٍ المَرْوَزِيُّ، تلميذُ إبراهيمَ بنِ يوسفَ، وهو تلميذُ أبي يوسفَ القاضي، وهو تلميذُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

قولُه: (سَمَّاهُ بِهِ)، أي: سمَّى محمدٌ المِثْلَ بِالقِيمَةِ في قولِه: «يَضْمَنُ قِيمَةَ السَّوِيقِ؛ بتأويلِ ما يَقُومُ لقيامِ المِثْلِ مقامَ المَغْصُوبِ».

قولُه: (وَلَوْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ؛ فَهُوَ نُقْصَانٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

---

(١) وقع بالأصل: «الث السَّوِيق يلثه لثًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «صبغه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ. وَقِيلَ: هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ. وَقِيلَ: إِنَّ كَانَ ثَوْبًا يَنْقُصُهُ السَّوَادُ فَهُوَ نُقْصَانٌ، وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا يَزِيدُ فِيهِ السَّوَادُ فَهُوَ كَالْحُمْرَةِ ....

وَعِنْدَهُمَا زِيَادَةٌ)، ذكره تفريعًا على مسألة «المختصر».

قال القُدُورِيُّ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ» ﷺ: «وأمَّا في الصَّبْغِ بِالسَّوَادِ، فإن شاء ضمَّنَه قيمته أبيضَ، وإن شاء أخذ الثوبَ أسودَ، ولا شيءَ للغَاصِبِ.

وقال أبو يوسفَ: السَّوَادُ عندي مثلُ العُصْفُرِ، فيُعْطيه ما زاد السَّوَادُ فيه، هذا قولُ محمَّدٍ ﷺ[1].

فمِنْ أصحابِنا مَن قال: إنه لا خلافَ في هذه المسألةِ في الحقيقةِ؛ لأن أبا حَنِيفَةَ ﷺ أجاب على ما شاهَد في زمَنِ بني مَرْوَان، وأنهم لم يلْبِسُوا السَّوَادَ، وكان ذلك نقصًا، فلم يَجِبْ شيءٌ على صاحبِ الثوبِ معَ النقصِ في ثوبِه، وهما أجابا على ما شاهَدا مِن عادةِ بني العبَّاسِ، ولُبْسِهم السَّوَادَ، فكان ذلك زيادةً في عادتِهم، فهو كالعُصْفُرِ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن أبا حَنِيفَةَ ﷺ أجاب في نوعٍ مِن الثيابِ يُنْقِصُ السَّوَادُ مِن قيمَتِه في العادةِ، وأجابا هما في نوعٍ يَزِيدُ السَّوَادُ في قيمتِه في العادةِ.

والحاصلُ من هذا: أنه لا خلافَ في هذه المسألةِ، وإنما يُرْجَعُ إلى العادةِ في كلِّ زمانٍ، فإن كان السَّوَادُ زيادةً غَرِمَهُ المالكُ، وإلَّا لم يَغْرَمْهُ» [٣/٨٦ط][2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه».

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١١٩]، «مختصر اختلاف العلماء» [٤/١٧٩، ١٨٠]، «التجريد» [٧/٣٣٦١]، «المبسوط» [١١/٨٤، ٨٥]، «تحفة الفقهاء» [٣/٩٤، ٩٥]، «الفقه النافع» [٣/٩٣٢]، «بدائع الصنائع» [٦/١٥٩]، «الاختيار» [٣/٨٥]، «تبيين الحقائق» [٥/٢٢٩، ٢٣٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٤، ٣١٥/ داماد].

وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ.

وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الْحُمْرَةُ بِأَنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَتَرَاجَعَتْ

غاية البيان

قولُه: (وَقَدْ عُرِفَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ)، أي: في «شرح مختصر القُدُورِيِّ» وغيرِه مِن الكتبِ المبسوطةِ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا تُنْقِصُهُ الْحُمْرَةُ)، ذكَره أيضًا تفريعًا على مسألةِ [٧/٧٦ظ/م] «المختصر».

قال القُدُورِيُّ رحمه الله في شرْحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»: «وأمَّا العُصْفُرُ إذا نقَص في الثوبِ ولم يَزِدْه؛ فقد رُوِيَ عن محمَّدٍ رحمه الله أنه قال فيمَنْ غصَبَ ثوبًا قيمتُه ثلاثون درهمًا فصَبَغه بعُصْفُرٍ حتَّى صارت قيمتُه عشرين درهمًا: فإني أنظر إلى ما يَزيدُ هذا الصِّبْغُ في قِيمَةِ ثوبٍ لا تنْقُصُ قيمتُه به.

فإنْ كان يَزيدُ في ثمَنِه خمسةً؛ غرَّمْتُ الغَاصِبَ خمسةَ دراهمَ، وذلك لأن المالكَ استوجبَ عليه عشرةَ دراهمَ نُقْصَانُ قِيمَةِ ثَوْبِه، واستوجبَ الغَاصِبُ[1] عليه قِيمَةَ الصِّبْغِ خمسةً، فالخمسةُ بالخمسةِ قِصَاصٌ، ويَرْجِعُ عليه بما بقِيَ مِن النُّقْصَانِ، وهو خمسةٌ، وهذه روايةُ هشامٍ عن محمَّدٍ رحمه الله. كذا في «العيون»[2].

وقال الوَلْوَالِجِيُّ رحمه الله في «فتاواه»: «ولو غصَبَ العُصْفُرَ صاحبُ الثوبِ وصَبَغ به؛ ضَمِن مثلَ ما أخَذ؛ لأنه استهلَكَه، فإن لم يَقْدِرْ عليه؛ فهو على الاختلافِ الذي عُرِفَ فيما يَنْقَطِعُ عن أيدي الناسِ، وليس لصاحبِ العُصْفُرِ أنْ يَحْبِسَ الثوبَ؛ لأن الصِّبْغَ فيه كالهالكِ، والسَّوَادُ هنا كالعُصْفُرِ عندَ أبي حنيفةَ أيضًا؛ لأن

---

(١) وقع بالأصل: «الصباغ الغَاصِب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«ف٣». وقد وقع «الصباغ» تفسيرًا لـ«الغَاصِب». بخط المؤلف في حاشية نسخة: «م». فكأنَّ ناسخ الأصل ظنَّ ذلك لَحقًا مِن المؤلف؛ فلذلك أدرجَه بالمتن!

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٥/ داماد].

بِالصَّبْغِ إِلَىٰ عِشْرِينَ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَىٰ ثَوْبٍ تَزِيدُ فِيهِ الْحُمْرَةُ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ خَمْسَةً يَأْخُذ ثَوْبَهُ وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّ إِحْدَىٰ الْخَمْسَتَيْنِ جُبِرَتْ بِالصَّبْغِ.

غاية البيان

الضمانَ يَجِبُ بإتلافِ الصبغِ.

ولو وقع الثوبُ بنفسِه في الصِّبْغِ فانصبَغ، فإنْ كان سوادًا: يَأْخُذُه ربُّ الثوبِ ولا شيءَ عليه عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، وإنْ كان عُصْفُرًا أوْ زعفرانًا؛ فَرَبُّ الثوبِ بالخيارِ: إن شاء أعطاه ما زاد الصِّبْغُ فيه، وإن شاء امتنَع فيُباعُ الثوبُ، ويضْرِبُ فيه صاحبُ الثوبِ بقيمَتِه أبيضَ، وصاحبُ الصِّبْغِ بقيمةِ الصِّبْغِ مِن الثوبِ؛ لأن المالكَ لم يَرْضَ بالتزامِ ضمانِ الصِّبْغِ، ولا يَضْمَنُ صاحبُ الصِّبْغِ ههنا؛ لأنه لا صُنْعَ[1] له فيه، بخلافِ ما قبلَه.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: السَّوادُ والعُصْفُرُ سواءٌ، وكذلك السَّمْنُ يَخْتَلِطُ بالسَّوِيقِ، والسَّوِيقُ بمنزلةِ الثوبِ؛ لأنه أصْلٌ، والسَّمْنُ كالصِّبْغِ.

وأمَّا العسلُ والسَّوِيقُ إذا اختَلطا: فكلاهما أصْلٌ.

ولو غصَب ثوبًا مِن رَجُلٍ وصبَغه بعُصْفُرٍ لآخرَ، ثم ذهَب الفاعلُ ولم يُعْرَفْ؛ فهو كما لو اختلطَ بغيرِ فِعْلِ أحدٍ؛ لأنه تعذَّر اعتبارُ فِعْلِه للضَّمانِ، فهو كالعدمِ، ولو كان صاحبُ الثوبِ غصَبَ العُصْفُرَ وصَبَغَه ثم باعه، فلا سبيلَ لصاحبِ العُصْفُرِ علىٰ المُشْتَرِي؛ لأن الغَاصِبَ استهلَكه.

ولو أن صاحبَ العُصْفُرِ غصَبَ الثوبَ وصَبَغه، ثم باعه وغابَ، وحضرَ صاحبُ الثوبِ؛ قُضِيَ له بالثوبِ؛ لأنه مِلْكُه، ويسْتَوثَقُ منه بكفيلٍ؛ لأنَّ للغيرِ فيه

(١) وقع بالأصل: «صُنْع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقع في: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

. . . .

حقًّا وهو الصَّبْغُ، ولو غصَبَ ثوبًا وعُصْفُرًا لرَجُلٍ واحدٍ وصَبَغه؛ كان للمالكِ أنْ يَأخُذَه مصبوغًا، وبَرِئَ الغَاصِبُ منِ الضَّمَانِ؛ لأن مالَ الإنسانِ لا يُسْتَهلكُ بمالِه بالخلْطِ»[1]. كذا [٣/٨٧و] في «فتاوىٰ الوَلْوَالِجِيّ ﷺ».

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو اغتَصَب مِن رَجُلٍ ثوبًا، ومِن الآخَرِ صِبْغًا، فصبَغه؛ ضَمِن لصاحبِ الصِّبْغِ صِبْغًا مثلَ صِبْغِه؛ لأنه أتلف صِبْغَه حين [٧/٧٧و/م] صبَغَ به الثوبَ، فصار بعدَ ذلك كأنه صَبَغ بصِبْغِ نفسِه»[2]، وقد مَرَّ بيانُ ذلك.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيّة» [٢/٣٩٦، ٣٩٧].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٧٦].

فَصْلٌ

وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا، فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهَا؛ مَلَكَهَا.

غاية البيان

فَصْلٌ

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا، فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهَا؛ [مَلَكَهَا][1])، هذا لفْظ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

وعند الشَّافعيِّ ﷺ: لا يَمْلِكُها[3]؛ لأن الغَصْبَ عدوانٌ مَحْضٌ، لا يَصْلُحُ سببًا للمِلْكِ الذي هو نعمةٌ.

ولنا: أن الواجبَ في الأصلِ رَدُّ العينِ، ثم الضَّمَانُ عندَ التعذُّرِ، والضَّمَانُ أمرٌ حسَنٌ مَشْرُوعٌ بالاتِّفاقِ.

وإذا وجَبَ الضَّمَانُ ثبتَ المِلْكُ للغَاصِبِ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكِ رَجُلٍ واحدٍ، فصار المِلْكُ الثابتُ بِالضَّمَانِ حسَنًا أيضًا بحُسْنِه، وإن كان الغَصْبُ في نفسِه عدوانًا، وقد مَرَّ البيانُ بأتَمَّ مِن هذا في أَوَّلِ الفصلِ المتقدِّمِ على هذا الفصلِ، بخلافِ المُدَبَّرِ فإنه ليس بقابلٍ للنقلِ مِن مِلْكٍ إلى مِلْكٍ، فلهذا لم يَمْلِكْهُ الغَاصِبُ بِالضَّمَانِ؛ ولأن ضمانَ المُدَبَّرِ جُعِلَ مقابلًا بالفائتِ، وهو اليدُ دونَ الرَّقَبَةِ، ثم سببُ المِلْكِ في المَغْصُوبِ للغَاصِبِ ما هو؟

اختلَف مشايخُنا فيه، قال بعضُ المتقدِّمين: سببُ المِلْكِ تَقرُّرُ الضَّمَانِ على الغَاصِبِ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكِ رَجُلٍ واحدٍ، وهو معنى قولِهم:

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٠].

(٣) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٠٣]، و«بحر المذهب» للروياني [٦/٤١١].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَمْلِكُهَا، لِأَنَّ الْغَصْبَ عُدْوَانٌ مَحْضٌ فَلَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَمَا فِي الْمُدَبَّرِ. وَلَنَا: أَنَّهُ مَلَكَ الْبَدَلَ بِكَمَالِهِ، وَالْمُبْدَلُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ مِنْ

غاية البيان

والمضموناتُ تُمْلَك بالضَّمَانِ.

قيل: هذا غلطٌ؛ لأن المِلْكَ يَثْبُتُ مِن وَقْتِ الغَصْبِ، ولهذا يُسَلَّمُ الكسبُ للغَاصِبِ ويَنْفُذُ بَيْعُه.

وقال بعضُ المتأخِّرين: الغَصْبُ هو السببُ المُوجِبُ للمِلْكِ عندَ أداءِ الضَّمَانِ.

قيل: هذا أيضًا وهمٌ؛ لأن المِلْكَ لا تَثْبُتُ حقيقتُه عندَ أداءِ الضَّمَانِ مِن وقتِ الغَصْبِ، ولهذا لا يُسَلَّمُ له الولدُ، ومعَ هذا فيه بعضُ الشُّنْعَةِ، وهو أنه يَلْزَمُ أن يَكُونَ العدوانُ المحْضُ سببًا لملكٍ مَشْرُوعٍ.

والأسلَمُ أن يُقالَ: الغَصْبُ مُوجبٌ لرَدِّ العينِ وللقِيمَة عندَ تعَذُّرِ رَدِّ العينِ، ثم يَثْبُتُ المِلْكُ للغَاصِبِ شرطًا للقضاءِ بِالقِيمَةِ، لا مقصودًا بِالغَصْبِ، ولهذا لا يَمْلكُ الولدُ، فإنه بعدَ الانفصالِ لا يَبْقَى تبعًا، وما يَثْبُتُ شرطًا يَثْبُتُ تبعًا، والكسبُ ليس كذلك؛ لأنه بدلُ المَنْفَعَةِ، فيَكُونُ تبعًا محْضًا، فيَمْلِكُه الغَاصِبُ[1].

وقولُهم: «هذا غلطٌ» فيه نَظَرٌ؛ لأن معنى قولِهم: المضموناتُ تُمْلَكُ عندَ أداءِ الضمانِ، ليس لأنَّ المِلْكَ مقتصرٌ على وَقْتِ أداءِ الضمانِ، بل معناه أن المِلْكَ يَثْبُتُ عندَ أداءِ الضمانِ، لكن مُسْتندًا إلى الغصبِ السابقِ، وقولُهم هذا وهمٌ لا معنى له؛ لأنه لا يُرَادُ بكونِ الغَصْبِ سببًا مُوجبًا للمِلْكِ عندَ أداءِ الضَّمَانِ أنه يُوجِبُ المِلْكَ مطلقًا مِن كلِّ وَجْهٍ، حتَّى يَرِدَ عليه عدمُ سلامةِ الولدِ للغَاصِبِ، بل الغَصْبُ

(١) قال نجم الدين النسفي الصحيح عند المحققين من أصحابنا: أن الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان، أو القضاء بالضمان، أو بتراضي الخصمين على الضمان، فإذا وجد شيء من هذه الثلاثة ثبت الملك وإلا فلا، وبعد وجود شيء من هذه الثلاثة إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله إلا أن يجعله صاحبه في حل. ينظر: «الجوهرة النيرة» [٣٤١/١].

مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ فَيَمْلِكُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ لِحَقِّ الْمُدَبَّرِ، ....

غاية البيان

يثبتُ [٨٧/٣ظ] المِلْكَ عندَ أداءِ الضَّمَانِ بطريقِ الاستنادِ، والاستنادُ ثابتٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، فلَمْ يَظْهَرْ أثرُه في الزِّيَادَةِ المنفصلةِ[1].

قال الإمامُ [٧٧/٧ظ/م] **الأَسْبِيْجَابيُّ** رحمه الله **في «شرح الطَّحَاوِيِّ»**: «وإذا أَبَقَ العبدُ المَغْصُوبُ مِن يدِ الغَاصِبِ؛ فالمالكُ بالخيارِ: إن شاء انتظَر إلىٰ ظُهورِ عَبْدِه فيَأْخُذُه، وإن شاء لم يَنْتَظِرْ، وضَمَّن الغَاصِبَ قيمتَه، فلو ظهَر العبدُ بعدَ ذلك؛ فإنه يُنْظَرُ: إنْ أخَذ صاحبُه القِيمَةَ التي سمَّاها ورَضِيَ بها، إمَّا بتصادُقِهما عليها، أوْ بقيامِ البيِّنَةِ، أوْ بنكولِ الغَاصِبِ عن اليمينِ، فلا سبيلَ له علىٰ العبدِ عندَنا.

وعندَ الشَّافعيِّ رحمه الله: له أنْ يأخُذَ عبْدَه بعَيْنِه، ولو أخَذ[2] القِيمَةَ بقولِ الغَاصِبِ ويمينُه علىٰ ما يَدَّعِيه المالكُ مِن الزِّيَادَةِ[3]؛ فإنَّ المالكَ بالخيارِ: إن شاء حبَسَ القِيمَةَ ورَضِيَ بها، وسَلَّمَ العبدَ إلىٰ الغَاصِبِ، وإنْ شاء رَدَّ القِيمَةَ التي أخَذها، ويَسْتَرِدُّ العبدَ، ولِلغَاصِبِ أنْ يَحْبِسَ العبدَ حتَّىٰ يَأْخُذَ القِيمَةَ، ولو مات العبدُ عندَ الغَاصِبِ قبْلَ رَدِّ القِيمَةِ عليه، فلا يَرُدُّ القِيمَةَ، ولكن يَأْخُذُ مِن الغَاصِبِ فَضْلَ القِيمَةِ إنْ كان في قِيمَةِ العبدِ فضْلٌ علىٰ ما أخَذ، وإن لم يَكُنْ فيه فضْلٌ؛ فلا شيءَ له سوىٰ القِيمَةِ المأخوذةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله **أنه قال**: إذا ظهَر العبدُ وقيمتُه مثلُ ما قال

(١) وقع بالأصل: «المتصلة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «وله أخذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق ١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٣) ينظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي الجويني [٢٦٩/٧]. و«البيان» للعمراني [٢٠/٧].

نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ بِالقَضَاءِ لَكِنَّ البَيْعَ بَعْدَهُ يُصَادِفُ القِنَّ.

غاية البيان

[الضمانَ][(١)]؛ فلا خيارَ للمالكِ، ولا سبيلَ له على العبدِ. وفي ظاهرِ الروايةِ: له الخيارُ مِن غيرِ تفصيلٍ.

ولو كان المَغْصُوبُ مُدَبَّرًا وأبَقَ عندَ الغَاصِبِ؛ فإنه يَضْمَنُ القِيمَةَ؛ لأن المُدَبَّرَ يُضْمَنُ بِالغَصْبِ، ولكنه لا يَصِيرُ مِلْكًا للغَاصِبِ، حتَّىٰ إنه لو ظهَر يَرُدُّه علىٰ مولاه، ويَسْتَرِدُّ منه القِيمَةَ، وليس للغَاصِبِ حَبْسُه لأجْلِ القِيمَةِ؛ لأنه لا يَجُوزُ بَيْعُه، ولا [يَجُوزُ][(٢)] حَبْسُه بالدَّيْنِ، وإن كان المَغْصُوبُ أُمَّ ولدٍ، فلا ضمانَ علىٰ الغَاصِبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأن مِن أصْلِه: أن أُمَّ الولدِ ليست بمالٍ، وعندَهما: هي كالمُدَبَّرِ.

وفَرَّقَ أبو حَنِيفَةَ بينَهُما في الغَصْبِ، وسوَّىٰ بينَهُما في الشراءِ: لو قَبَضَهما المُشْتَرِي بتسليمِ البائعِ، وهلَك عندَ المُشْتَرِي؛ فلا ضمانَ عليه فيهما جميعًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما: يَضْمَنُ القِيمَةَ فيهما جميعًا، ولو جنىٰ علىٰ كُلِّ واحدٍ منهما؛ وجَبَ الأَرْشُ فيهما جميعًا علىٰ الجاني بالإجماعِ»[(٣)]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

قولُه: (نَعَمْ قَدْ يُفْسَخُ التَّدْبِيرُ)، جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقالَ: لَا نُسَلِّمُ أن المُدَبَّرَ ليس بقابلٍ للنقلِ مِن مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ، أَلَا تَرَىٰ أن المولَىٰ لو باعَه وحَكَم

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابيِّ [ق ١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)]، لكن وقع هناك: «الغاصب». بدل: «المالك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابيِّ [ق ١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٧٤].

قال: والقولُ في القيمة قولُ الغاصب مع يمينه ، لأنّ المالك يدّعي الزيادة وهو ينكرُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ إلّا أنْ يُقيم المالكُ البيّنة بأكثر من ذلك ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَهُ بِالْحُجَّةِ الْمُلْزِمَة .

قَالَ: فَإِنْ ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ ، وَقَدْ ضَمِنها بِقَوْلِ

﴿ غاية البيان ﴾

قاضي بجوازِ بَيْعِه ؛ جاز بَيْعُه ، وانفسَخَ التَّدْبِيرُ بالقضاءِ.

فأجاب عنه وقال: نعم يُقْبَلُ النقلُ بعدَ القضاءِ ، لكن حينَئذٍ يُصادِفُ البَيْعُ القِنَّ ، لا المُدَبَّرَ ؛ لأنه لا يَبْقَى مُدبرًا لوقوعِ القضاءِ في محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيه ، وكلامُنا في المُدَبَّرِ لا في القِنِّ.

قولُه: (قَالَ: وَالْقَوْلُ فِي الْقِيمَةِ قَوْلُ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ) ، أي: قال القُدُورِيُّ [ت ٤٢٨هـ] رحمه الله في «مختصره»[1] ، وذلك لأن الغَاصِبَ هو الذي يَلْزَمُهُ الضَّمانُ ، فالقولُ قولُه في مقدارِه.

يُبيِّنُ ذلك: أنه لو جحدَ أصلَ الغَصْبِ ، كان القولُ قولَه ، فإذا جحَد بعدَ الضمانِ ، كان القولُ قولَه أيضًا ؛ لأنه مُنْكِرٌ للزيادةِ ، وقد قال [٧/٧٨و/م] النبيُّ ﷺ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[2].

قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «إلَّا أنْ يُقِيمَ المالكُ البَيِّنَةَ بأكثرَ مِن ذلك»[3] ، وذلك لأنه نوّرَ دعواه بالحُجَّةِ الملزمةِ ، وهي البَيِّنَةُ ، وقد قال النبيُّ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي»[4] ، فيكونُ القولُ قولَه في الزِّيَادَةِ ، فيَلْزَمُ ذلك الغَاصِبَ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ ظَهَرَتِ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ ، وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٣٠].
(٢) مضى تخريجه.
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٣٠].
(٤) مضى تخريجه.

الْمَالِكِ، أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا، أَوْ بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عَنِ الْيَمِينِ؛ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَهُوَ لِلْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ لَهُ الْمِلْكُ بِسَبَبٍ اتَّصَلَ بِهِ رِضَا الْمَالِكِ حَيْثُ ادَّعَى هَذَا الْمِقْدَارَ.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ ضَمَّنَهُ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعِوَضَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهَذَا الْمِقْدَارِ حَيْثُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَأَخَذَ دُونَهَا لِعَدَمِ الْحُجَّةِ.

غاية البيان

الْمَالِكِ، أَوْ بِبَيِّنَةٍ أَقَامَهَا، أَوْ بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عَنِ الْيَمِينِ؛ فَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ وَهُوَ لِلْغَاصِبِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

[وقولُه](٢): (وَهُوَ لِلْغَاصِبِ)، أي: العينُ المَغْصُوبَةُ للغَاصِبِ، وإنما ذكَّرَ الضميرَ الراجعَ إلى المؤنَّثِ على تأويلِ الشيءِ المَغْصُوبِ، وذلك لأنَّ الضَّمَانَ من أسبابِ التمليكِ عندَنا، وقد رَضِيَ المَغْصُوبُ منه بما ادَّعاه مِن القِيمَةِ، فلا سبيلَ له على العينِ بعدَ ذلك.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ ضَمَّنَهُ بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعِوَضَ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»(٣)، وهكذا ذكَرَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ مطلقًا في «الكافي».

ولم يُفَرِّقْ بينَ ما إذا كان المَأْخُوذُ أقلَّ مِن قِيمَةِ العينِ، وبينَ ما إذا كان مِثْلَها أوْ أكثرَ، حيثُ قال(٤): «فإذا لم يَقْدِرْ على الجاريةِ؛ أمرْتُ صاحبَها أنْ يأْتِيَ بالبَيِّنَةِ على قيمَتِها، فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ على القِيمَةِ واختلفا في قيمَتِها؛ فالقولُ قولُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٣٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٣٠].

(٤) أي: صاحب «الكافي».

. . . .

الغاصبِ معَ يمينِه، فإذا حَلَفَ وأدَّىٰ القِيمَةَ، ثم ظهرتِ الجاريةُ؛ كان صاحبُ الجاريةِ بالخيارِ: إن شاء رَضِيَ بالقِيمَةِ التي أخَذها، وإن شاء ردَّها وأخذ الجاريةَ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﷺ، وذلك لأنه لم يَرْضَ بأن يَزُولَ مِلْكُه إلا بالقدرِ الذي ادَّعَاه، ولم يَسْلَم له، فيَثْبُتُ له الخيارُ، فإنْ أمضىٰ الضَّمانَ جاز؛ لأنه أسقطَ حقَّ نفسِه مِن الزِّيَادَةِ، وهو يَمْلِكُ ذلك، وإن أخذَ العينَ وردَّ العِوَض؛ جاز لِمَا فيه مِن استدراكِ حقٍّ لم يَرْضَ بإسقاطِه[٢]. كذا في «**شرح الأقطع**».

قال الوَلْوَالِجِيُّ ﷺ **في «فتاواه»**: «وقال الكَرْخِيُّ ﷺ: إنما يتخيَّرُ المالكَ إذا كان المَأْخُوذُ أقلَّ من قِيمَةِ الجاريةِ، فأمَّا إذا كان مِثْلَها أو أكثرَ لا يتخيَّرُ؛ لأنه وصَل إليه بدلُ مِلْكِه بكمالِه، والصحيحُ ما ذَكَرْنا أوَّلًا؛ لأنه لم يَتِمَّ رضاهُ بزوالِ مِلْكِه عن العينِ إذا لم يُعْطَ له ما يَدَّعِيه مِن القِيمَةِ، وثبوتُ الخيارِ له لانعدامِ تمامِ الرِّضا مِن جهَتِه، وذلك لا يَخْتَلِفُ باختلافِ قيمَتِها؛ لأنه قد لا يَرْضَ الإنسانُ بزوالِ العينِ عن مِلْكِه»[٣].

وقد ذهَبَ القُدُورِيُّ في شرْحه لـ«**مختصر الكَرْخِيِّ**» ﷺ إلىٰ ما ذهَب إليه الكَرْخِيُّ أيضًا، حيث قال: «فأمَّا إذا قضَىٰ عليه بقولِه، ثم ظهرَتِ العينُ وقيمتُها مثلُ ما قال الغَاصِبُ أوْ أقل [٧/٧٨ب/م]؛ فلا سبيلَ لصاحبِها عليها؛ لأنه استَوفَىٰ البدَلَ، ولم يَظْهَرْ فيه زيادةٌ، وأمَّا إذا كانتِ القِيمَةُ أكثرَ ممَّا قال الغَاصِبُ؛ فالمَغْصُوبُ منه بالخيارِ، وذلك لأنه لم يَسْتَوْفِ بدلَ العينِ الذي ادَّعَاه، ولم يَرْضَ بزوالِ مِلْكِه عنها بما دونَ ذلك مِن البدلِ، فكان له الخيارُ».

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٠٥].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٤٠١].

. . . .

ثم قال القُدُورِيُّ: وكان أبو بكرِ الرَّازِيُّ ﷺ يَقُولُ: إن هذا محمولٌ على أن هذه الزِّيَادَةَ لا تَجُوزُ أن تَكُونَ ممَّا يُحْدِثُ مِثْلَها[1] فيما بينَ التضمينِ والظهورِ، فأمَّا إذا كانت ممَّا يَجُوزُ أنْ يُحْدِثَ، فادَّعَى الغَاصِبُ [٣/٨٨ظ] أنها حدثَتْ، وادَّعَى المَغْصُوبُ أنها كانت؛ فالقولُ قولُ الغَاصِبِ [مع يمينِه][2]؛ لأن التمليكَ قد صحَّ، ويَجُوزُ أن يَكُونَ الأمرُ على ما قال الغَاصِبُ، فلا يُفْسَخُ التمليكُ بالشكِّ».

ثم قال القُدُورِيُّ: «قال أبو بكرِ الرَّازِيُّ ﷺ: وهذا الذي يَقْتَضِيه قياسُ قولِهم عندِي، ولا أَرْوِيه عنهم».

ثم قال القُدُورِيُّ ﷺ: «ومِن أصحابِنا مَن قال: لا روايةَ في العينِ إذا ظَهَرتْ، وقيمتُها مثلُ ما قال الغَاصِبُ، هل يَثْبُتُ للمالكِ خيارٌ أمْ لا؟ وهو موضعٌ محتَملٌ، وقد قال محمدٌ ﷺ في الغَصْبِ ما يَدُلُّ على أنه يَثْبُتُ له الخيارُ؛ لأنه[3] قال في تعليلِ مسألةِ القِيمَةِ إذا كانت ناقصةً؛ لأن المالكَ لم يَسْتَوْفِ ما ادَّعَى مِن القِيمَةِ، وهذا يَدُلُّ على أن القِيمَةَ إن كانت تامَّةً؛ فالخيارُ ثابتٌ له؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ ما قال مِن القِيمَةِ.

ووَجْهُ ذلك: أن المَغْصُوبَ كالمُكْرَهِ على نَقْلِ حقِّه مِن العينِ إلى بدلٍ لم يَرْضَ به، والمُكْرَهُ يَثْبُتُ له الخيارُ في الفسخِ.

وذكَر أبو يوسفَ ﷺ في «الإملاء» ما يَدُلُّ على أنه لا خيارَ له؛ لأنه قال في تعليلِ مسألةِ نُقْصَانِ القِيمَةِ؛ لأن المالكَ لم يَسْتَوْفِ القِيمَةَ بكمالِها، وهذا يَدُلُّ على أنه إذا استوفاها لا خيارَ له.

---

(١) وقع بالأصل: «ملكها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) وقع بالأصل: «ولأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلَو ظَهَرَتْ [١٥٤/و] العَيْنُ وَقِيمَتُهَا مِثْلُ مَا ضَمِنَه أَوْ دُونَهُ فِي هَذَا الْفَصْلِ الْأَخِيرِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ؛ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الكَرْخِيُّ ﷺ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ حَيْثُ لَمْ يُعْطِ لَهُ مَا يَدَّعِيهِ وَالخِيَارُ لِفَوتِ الرِّضَا.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ، فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهُ؛ فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ،

غاية البيان

والوجهُ في ذلك: أن المالكَ رَضِيَ بِالقِيمَةِ حينَ طالَب بها، ومُطالبتُه بمثلِ قِيمَةِ العينِ صحيحٌ، ومطالبتُه بما زاد عليها لا يَصِحُّ، فكأنه طالَب بمقدارِ قِيمَةِ العينِ وسلمَ له ذلك، فلا يَثْبُتُ له خيارٌ»[١].

قولُه: (وَقِيمَتُهَا مِثْلُ مَا ضَمِنَه أَوْ دُونَهُ)، أي: قِيمَةُ العينِ مثلُ ما ضَمِنَ الغَاصِبُ أو أقلُّ منه.

قولُه: (فِي هَذَا الْفَصْلِ الأَخِيرِ)، أي: فيما إذا ضَمِنَه الغَاصِبُ بقولِه: «معَ يمينِه».

قولُه: (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ)، أي: للمالكِ الخيارُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)؛ لأنه هو المذكورُ في «الأصل» مطلقًا، وكذلك في «مختصر الكافي»، وكذلك الطَّحَاوِيُّ أطلقَ الروايةَ في «مختصره» أيضًا.

قولُه: (لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ)، دليلُ قولِه: (وَهُوَ الأَصَحُّ)، لا دليلُ قولِ الكَرْخِيِّ.

قولُه: (لَمْ يُعْطِ)، أي: المالكُ، وهو على صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ، فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهُ؛ فَقَدْ جَازَ بَيْعُهُ،

(١) إلى هنا انتهى النقل من «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٩/ داماد].

وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ الْقِيمَةَ؛ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ؛ ....

وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ الْقِيمَةَ؛ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ)، أي: قال في «الجامع الصغير»[1].

والفَرْقُ بينَهما: أن [٧/٧٩و/م] الغَصْبَ عدوانٌ مَحْضٌ، لا يَصْلُحُ سببًا للمِلْكِ، وإنما جُعِلَ سببًا للمِلْكِ ضرورةَ الضمانِ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكِ واحدٍ بطريقِ الاستنادِ إلى وَقْتِ الغَصْبِ، والمِلْكُ الثابتُ بالاستنادِ ثابتٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، والمِلْكُ الثابتُ مِن وَجْهٍ يَكْفِي لصحَّةِ البَيْعِ، ولا يَكْفِي لصحَّةِ العِتقِ؛ لأنَّ العتقَ لا يَنْفُذُ إلَّا في المِلْكِ الحقيقيِّ الثابتِ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ لقوله ﷺ: «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ»[2]، والبَيْعُ يَنْفُذُ في المِلْكِ الحقيقيِّ والحُكْمِيِّ جميعًا، ألا تَرى أنَّ المَأْذُونَ والمُكَاتَبَ يَنْفُذُ بَيْعُهما، ولا يَنْفُذُ عَتْقُهُما، فكذا الغَاصِبُ يَجُوزُ بَيْعُه ولا يَجُوزُ عِتْقُه، وهذا فيما إذا أعتقَ الغَاصِبُ، أمَّا إذا أعتقَ المُشْتَرِي مِن الغَاصِبِ، فأجازَ المالكُ البَيْعَ، فيه خلافٌ.

فعندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄: يَصِحُّ إعتاقُه موقوفًا على إجازةِ المالكِ البَيْعَ، فإذا أجازَ نَفَذَ على المُشْتَرِي، ويَكُونُ الولاءُ له.

وقال محمَّدٌ وزُفَرُ ﵄: لا يَصِحُّ.

قال الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «مختصر الكافي»: «قال أبو سُلَيْمَانَ: هذه روايةُ محمَّدٍ عن أبي يوسفَ ﵀، ونحن سَمِعْنا مِن أبي يوسفَ [٣/٨٩ر]: أنه لا يَجُوزُ عِتْقُه.

وقال ابنُ أبي لَيْلَى ﵀: عِتْقُ المُشْتَرِي مِن الغَاصِبِ جائزٌ، وإن لم يُجِزْ صاحبُها البَيْعَ، وعلى الغَاصِبِ قيمتُها، وإن كانت ماتت، ثم سَلَّمَ ربُّ الجاريةِ البَيْعَ؛ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ»[3]. إلى هنا لفظُ «الكافي».

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٥].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٤].

. . . .

قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ: والخلافُ في هذه المسألةِ يَنْزِعُ إلىٰ أصْلٍ، وهو أن تصَرُّفَ الفُضُولِيِّ هل هو منعقدٌ في حقِّ الحُكْمِ عندَ محمَّدٍ ﷺ، غيرُ منعقدٍ في حقِّ الحُكْمِ؟

وعندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ: منعقدٌ، محمدٌ يَقُولُ: بأنَّ صحَّةَ الإعتاقِ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، ولا مِلْكَ، فلا يَصِحُّ. وإنما قُلنا ذلك؛ لأن البَائِعَ لا ولايةَ له علىٰ المحلِّ حالةَ البَيْعِ، فلو انعقَد التَّصَرُّفُ في حقِّ الحُكْمِ لتضَرَّر به المالكُ، وهذا لا يَجُوزُ.

وإنَّا نَقُولُ: الإعتاقُ صادَف مِلْكًا موقوفًا، فيتوقَّفُ علىٰ ثبوتِه، إنْ ثبَتَ المِلْكُ ثبتَ الإعتاقُ، وإلا فلا، وإنما قُلنا ذلك؛ لأن السببَ المقتَضِي لثبوتِ المِلْكِ موجودٌ، وهو صُدورُ التَّصَرُّفِ مِن أَهْلِه مضافًا إلىٰ محلِّه، وفي انعقادِه فائدةٌ، إلا أنه لم يَنْفُذْ في الحالِ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ أن المالكَ راضٍ بهذا التَّصَرُّفِ أوْ لا، فإذا أجاز تبَيَّنَ أنه كان راضيًا، فوقع التَّصَرُّفُ نافذًا من حينِ وجودِه، فيَكُونُ هذا إعتاقًا بعدَ المِلْكِ، فيُحْكَمُ بصحَّتِه.

بخلافِ البَيْعِ بشَرْطِ الخيارِ[1]؛ لأنه استثنىٰ الحُكْمَ عن السببِ، وتبيَّن أنه لم يُباشِرِ السببَ في حقِّ الحُكْمِ، ومتىٰ امتنَع الحُكْمُ لامتناعِ الانعقادِ[2] في حقِّه؛ تعذَّر تصحيحُ الإعتاقِ، ولو كان مكانَ الإعتاقِ بَيْعٌ، ثم أجاز المالكُ البَيْعَ الأوَّلَ؛ لا يَنْفُذُ البَيْعُ الثاني.

وقد رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه يَنْفُذُ البَيْعُ؛ لأنه أسرع [٧/٢٧٩/م] نفاذًا مِن الإعتاقِ.

---

(١) يعني: أن المشتري إذا أعتق والخيارُ للبائع، ثم أجاز البائع؛ لا ينفذ العتق.

(٢) وقع بالأصل: «العقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«ف٣».

لِأَنَّ مُلْكَهُ الثَّابِتَ فِيهِ نَاقِصٌ لِثُبُوتِهِ مُسْتَنِدًا أَوْ ضَرُورَةً، وَلِهَذَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ دُونَ الْأَوْلَادِ، وَالنَّاقِصُ يَكْفِي لِنُفُوذِ الْبَيْعِ دُونَ الْعِتْقِ كَمِلْكِ الْمُكَاتَبِ.

قَالَ: وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ ونَمَاؤُهَا، وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّىٰ فِيهَا، أَوْ يَطْلُبَهَا صَاحِبُهَا، فَيَمْنَعُهَا إِيَّاهُ.

غاية البيان

ولهذا قلنا: إن الغَاصِبَ إذا باع ثم أَدَّىٰ الضَّمَانَ؛ يَنْفُذُ البَيْعُ، ولو أعتَقَ ثم أَدَّىٰ الضَّمَانَ؛ لا يَنْفُذُ، فإذا نَفَذَ الإعتاقُ مع أنه أبطأ نفاذًا مِن البَيْعِ؛ لا يَنْفُذُ البَيْعُ الذي هو أسرعُ نفاذًا منه بالطريقِ الأَولَىٰ، وباقي البيانِ مَرَّ في كتابِ البيوع في فصْلِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ مُسْتَوْفًى، فيُنْظَرُ ثَمَّةَ، أَمَّا إذا ماتتِ الجاريةُ ثم سَلَّمَ ربُّ الجاريةِ البَيْعَ؛ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ؛ لأن الإجازةَ تَلْحَقُ القائمَ دونَ الهالكِ؛ لأن الهالكَ ليس بمحلٍّ لثبوتِ المِلْكِ فيه.

قولُه: (أَوْ ضَرُورَةً)، أي: أَوْ لثبوتِ المِلْكِ للغَاصِبِ ضرورةً؛ إذْ لا يَجْتَمِعُ البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكٍ واحدٍ.

قولُه: (**قَالَ: وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ ونَمَاؤُهَا**[1]**، وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، إِنْ هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّىٰ فِيهَا، أَوْ يَطْلُبَهَا صَاحِبُهَا، فَيَمْنَعُهَا إِيَّاهُ**)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصره**»[2].

وقال علاءُ الدِّينِ العالمُ في «**طريقة الخلاف**»: «قال علماؤُنا ﷺ: زوائدُ الغَصْبِ أمانةٌ متَّصلةً كانت كالسِّمَنِ، والجَمَالِ، ونحوِ ذلك، أَوْ منفصلةً كاللبنِ، والولدِ وغيرِ ذلك.

---

(١) وقع بالأصل: «وَسموها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: زَوَائِدُ الْمَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةً لِوُجُودِ الْغَصْبِ، وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَىٰ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، كَمَا فِي الظَّبْيَةِ الْمُخْرَجَةِ مِنَ الْحَرَمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ.

غاية البيان

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: مَضْمُونَةٌ[1]»[2]. إلىٰ هنا لفظُ «الطريقة».

له: أن سببَ الضَّمَانِ ـ وهو الغَصْبُ ـ قد تحقَّقَ في الزِّيَادَةِ، [كما تحقَّقَ في الأصلِ][3]، فيَجِبُ الضَّمَانُ؛ لأن [الغَصْبَ][4] إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بغيرِ حقٍّ، وإقامةُ نفسِه مقامَ المالكِ في حقِّ الانتفاعِ، ولهذا كانت زوائدُ صيدِ الحَرَمِ مَضْمُونَةً بالاتِّفاقِ.

ولنا: أن الغَصْبَ إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ على وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ تفويتَ يدِ المالكِ، وهذا لأن الغَصْبَ يتعدَّىٰ إلى المفعولَيْنِ [٣/٨٩ظ]: المَغْصُوبُ، والمَغْصُوبُ منه، بإزالةِ شيءٍ عنه، إمَّا هو المِلْكُ، وإمَّا هو اليدُ، فالمِلْكُ لا يَزولُ بالغَصْبِ، فتعيَّنَ اليدُ ضرورةً، فثَبَتَ أن الغَصْبَ إثباتُ اليدِ معَ إزالةِ يدِ المالكِ، ولم يوجَدْ إزالةُ يدِ المالكِ في الزِّيَادَةِ؛ لأن يدَه ما كانت قائمةً على الولدِ.

فإذا لم يُوجَدْ حَدُّ الغَصْبِ في الزِّيَادَةِ؛ لا يَجِبُ الضَّمَانُ؛ لأن الزِّيَادَةَ حصلَتْ في يدِه بغيرِ صُنْعِه بإيجادِ اللهِ تعالى، ولا صُنْعَ للغَاصِبِ في إحداثِ الولدِ، فصار كما إذا هبَّتِ الريحُ على ثوبِ إنسانٍ، فأَلْقَتْهُ في حِجْرِ غيرِه، فإنه لا يَكُونُ مضمونًا عليه؛ لأنه لم يُوجدِ الصُّنْعُ مِن جهَتِه، ولكنه يَكُونُ واجبَ الرَّدِّ إلى مالكِ الأصلِ، حتى إذا فوَّتَ الرَّدَّ بالتعدِّي، كالأكلِ والبَيْعِ ونحوِ ذلك، أو بالمنعِ بعدَ الطلبِ؛

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٠٧]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٢٧].

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٥٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

يَكُونُ ضامنًا.

وفي الظَّبْيَةِ المُخْرَجةِ مِن الحَرَمِ إنما يُضْمَنُ ولدُها إذا هلَك بعدَ التمَكُّنِ مِن الإرسالِ؛ لأنه يَكُونُ الهلاكُ بعدَ المنعِ عن طلبِ صاحبِ الحقِّ، وهو الشَّرْعُ، وإليه ذهبَ أكثرُ مشايخِنا رحمهم الله.

أمَّا إذا هلك قبلَ التمَكُّنِ فليس فيه ضمانٌ، فكان الخلافُ فيه كما في ولدِ المَغْصُوبِ إذا تعَدَّىٰ أو منعَ [٧/٨٠و/م]؛ ضَمِن، وإلا فلا.

ولو أُطْلِقَ الجوابُ في ولدِ صيدِ الحَرمِ بأَنْ يُقالَ: يَجِبُ الضَّمَانُ، سواءٌ هلَك بعدَ التمَكُّنِ مِن الإرسالِ، أوْ قبلَ التمَكُّنِ.

فنَقُولُ: [إن][1] هذا الضَّمَانَ ضمانُ جِنَايَةٍ؛ أي: إتلافٍ، وقد حصَلَ الإتلافُ والإهلاكُ معنًى بتفويتِ الأمْنِ، فوَجَبَ الضَّمَانُ.

والدليلُ على أنه ضمانُ جِنَايةٍ: أن الضَّمَانَ يَتَكَرَّرُ بتكرُّرِ الجِنَايَةِ، أَلَا ترىٰ أنه لو جرحَ صيدًا فكَفَّر عنه، ثم رماه بعدَ ذلك فقتَله؛ فعليه كفَّارةٌ أُخرىٰ. كذا في «**الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ** رحمه الله».

وبيانُ ذلك: فيما قال في «**إشارات الأسرار**» بقولِه: «وأمَّا زوائدُ صيدِ الحَرَمِ: فالضَّمَانُ في اليدِ يتعلَّقُ بإثباتِ اليدِ؛ لأنه يَصيرُ آمِنًا ببُعْدِه، فصار إثباتُ اليدِ عليه تفويتًا للأمْنِ عليه، وهو إهلاكٌ معنًى، وصار تسْبِيبًا إلى الهلاكِ في حقِّ الولدِ، وههنا إثباتُ اليدِ على الولدِ حِفْظٌ له، وليس بإهلاكٍ؛ فلا يُوجِبُ الضَّمَانَ».

وقال الصدْرُ الكبيرُ البُرْهانُ الأجَلُّ صاحبُ «**المحيط**» بُرْهانُ الدِّينِ أبو محمدٍ عبدُ العزيزِ بنِ عُمَرَ بنِ أبي سهلٍ البُخَارِيُّ المعروفُ بـ: «مَازَهْ» في «**طريقة الخلاف**»:

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلَنَا: أَنَّ الْغَصْبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَىٰ مَالِ الْغَيْرِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَ الْمَالِكِ

غاية البيان

«وأمَّا ظَبْيَةُ الحَرَمِ، قُلنا: يَجِبُ الضَّمَانُ في حقِّ الولدِ مقصودًا لا تبعًا، وذلك أن علَّةَ الضَّمَانِ في حقِّ الأُمِّ[1] إنما هو تفويتُ الأَمْنِ، وتفويتُ الأمْنِ وُجِدَ في حقِّ الولدِ، كما وُجِدَ في حقِّ الأُمِّ؛ لأنَّ الصيدَ إنما صار آمِنًا ببُعْدِه وتَوارِيه عنَّا، وهو لَمَّا أثبتَ يدَه علىٰ الولدِ، وُجِدَ فَوْتُ البُعدِ، فإذا فوَّتَ البُعْدَ؛ فقد فوَّتَ الأمْنَ، وتفويتُ الأمْنِ سَبَبٌ صالحٌ لوجوبِ الضَّمَانِ».

ثم قال: «فإنْ قيل: تفويتُ الأمْنِ في حقِّ صيدِ الحَرمِ سَبَبٌ صالحٌ لوجوبِ الضَّمَانِ، لا في حقِّ كلِّ الصُّيُودِ، والولدُ ليس بصيدِ الحرمِ؛ بدليلِ أنه يَحِلُّ بَيْعُه، ويحلُّ أكْلُه، فلو كان صيدُ الحَرَمِ لِمَا حلَّ بَيْعُه وأكْلُه، ولأن تفويتَ الأمْنِ إنما يُتصَوَّرُ بعدَ ثبوتِ الأمْنِ، ولم يُوجَدْ ثبوتُ الأمنِ في حقِّ الولدِ؛ لأنَّ الولدَ كما حَدَثَ، حَدَثَ خائفًا، فلا يُتصَوَّرُ [٣/٩٠ر] تفويتُ الأمْنِ في حقِّ الخائفِ.

قلنا: الولدُ لم يَكُنْ صيدَ الحَرَمِ مِن كلِّ وَجْهٍ، ولكنَّه صيدُ الحَرَمِ مِن وَجْهٍ؛ بدليلِ أنه يَجِبُ إرسالُه إلىٰ الحَرَمِ.

وقولُه: «بأنه يَحِلُّ أكْلُه»، **قلنا:** نعم يَحِلُّ، ولكن يُكْرَه، فمِنْ حيثُ إنه ليس بصيدِ الحَرَمِ؛ يَحِلُّ، ومِن حيثُ إنه صيدُ الحَرَمِ؛ يُكْرَهُ، والثابتُ مِن وَجْهٍ يَلْحَقُ بالثابتِ مِن كلِّ وَجْهٍ في بابِ الحُرُماتِ احتياطًا.

وقولُه: «بأنه حدَث خائفًا»، **قلنا:** نعم، ولكنه مُسْتَحِقُّ الأمنِ، والمُسْتَحِقُّ للأمْنِ كالأمْنِ حُكْمًا، وهو لَمَّا أثبتَ يدَه علىٰ الولدِ؛ فقد فوَّتَ الأمْنَ حُكْمًا، وتفويتُ الأمْنِ حُكْمًا سَبَبٌ صالحٌ لوجوبِ الضَّمَانِ.

فإنْ قُلْتَ: يَرِدُ عليكم غَاصِبُ الغَاصِبِ، وجاحدُ الوَدِيعَةِ، والمُلْتَقِطُ لنفسِه،

---

(١) وقع بالأصل: «الأمر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع»، و«ر٣».

عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَيَدُ الْمَالِكِ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً عَلَىٰ هَذِهِ الزِّيَادَةِ حَتَّىٰ يُزِيلَهَا الْغَاصِبُ، وَلَوْ اعْتُبِرَتْ ثَابِتَةً عَلَىٰ الْوَلَدِ لَا يُزِيلُهَا، إِذْ الظَّاهِرُ عَدَمُ الْمَنْعِ، حَتَّىٰ لَوْ مَنَعَ الْوَلَدَ بَعْدَ طَلَبِهِ يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّىٰ فِيهِ كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: وَذَلِكَ بِأَنَّ أَتْلَفَهُ أَوْ ذَبَحَهُ وَأَكَلَهُ أَوْ بَاعَهُ وسَلَّمَهُ، وَفِي الظَّبْيَةِ الْمُخْرَجَةِ لَا يَضْمَنُ وَلَدَهَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ الْإِرْسَالِ لِعَدَمِ الْمَنْعِ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَهُ لِوُجُودِ الْمَنْعِ بَعْدَ طَلَبِ صَاحِبِ الْحَقِّ وَهُوَ الشَّرْعُ، عَلَىٰ هَذَا أَكْثَرُ مَشَايِخِنَا.

وَلَوْ أَطْلَقَ الْجَوَابَ فَهُوَ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَلِهَذَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِهَا، وَيَجِبُ بِالْإِعَانَةِ وَالْإِشَارَةِ، فَلِأَنْ يَجِب بِمَا هُوَ فَوْقَهَا وَهُوَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَىٰ مُسْتَحَقِّ الْأَمْنِ أَوْلَىٰ وَأَحْرَىٰ.

غاية البيان

حيثُ يَجِبُ عليهم الضَّمَانُ مع أنه لم يُوجدْ [٧/٨٠ظ/م] تفويتُ يدِ المالكِ.

قلنا: كلُّ واحدٍ [منهم][1] أثبتَ يدَه علىٰ محلٍّ هو مِلْكُ الغيرِ، وقصرَ به يدُ المالكِ عنه، وفَوَّتَ عليه التمكُّنَ مِن الأخذِ، فاتَّصلَ أثرُ هذا الفعلِ بالمالكِ جِنَايةً عليه، وفي مسألَتِنا المالكُ لم يقْصُرْ يدَه عن الإثباتِ عليه، فإنَّ حصولَه في يدِه لم يَمْنَعِ المالكَ مِن إثباتِ اليدِ عليه، حتىٰ لو منعَ نَقُولُ: يَجِبُ عليه الضَّمَانُ». كذا في **«إشارات الأسرار»**.

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكَر في أوَّلِ كتابِ الغَصْبِ بقولِه: **(الْغَصْبُ فِي الشَّرِيعَةِ: أَخْذُ مَالٍ مُحْتَرَمٍ مُتَقَوِّمٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ عَلَىٰ وَجْهٍ يُزِيلُ يَدَهُ)**.

قولُه: (أَوْ بَاعَهُ وسَلَّمَهُ)، إنما قَيَّدَ بالتَّسليمِ؛ لأن التعدِّيَ لا يتحَقَّقُ بمجرَّدِ البَيْعِ قبلَ التَّسليمِ، كالمُودَعِ إذا باع الوَدِيعَةَ لا يَضْمَنُها ما لم يُسَلِّمْ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

قَالَ: وَمَا نَقَصَتِ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ؛ جُبِرَ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ، وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنِ الْغَاصِبِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَا نَقَصَتِ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الْوَلَدِ وَفَاءٌ بِهِ؛ جُبِرَ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ، وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنِ الْغَاصِبِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1].

وقولُه: (فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ)، خبرٌ للمبتدإ الذي هو قولُه: (مَا نَقَصَتْ)، يعني: يَضْمَنُ الغَاصِبُ[2] نُقْصَانَ الجاريةِ بسببِ الولادةِ.

قال الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «فإنْ غصَبَ رَجُلٌ رَجُلًا أَمَةً، فولدَتْ في يدِ الغَاصِبِ ومات ولدُها؛ فعليه أنْ يَرُدَّها، ويَرُدَّ ما نقصَتْه الولادةُ بالولدِ، [ولا شيءَ عليه مِن قِيمَةِ الولدِ، ولو كان الولدُ باقيًا معها ردَّها وولدَها، ويُجْبَرُ نُقْصَانُ الولادةِ بالولدِ][3]، فإنْ وفَّىٰ بذلك أوْ زادَتْ قِيمَةُ الولدِ علىٰ النُّقْصَانِ؛ فلا شيءَ علىٰ الغَاصِبِ من نُقْصَانِ الولادةِ، وإن كان قِيمَةُ الولدِ أقلَّ مِن قِيمَةِ النُّقْصَانِ؛ سَقَطَ من نُقْصَانِ الولادةِ قَدْرَ قِيمَةِ الولدِ، وغَرِمَ ما فضلَ مِن النُّقْصَانِ من قِيمَةِ الولدِ»[4].

إلىٰ هنا لفظ الكَرْخِيِّ ﷺ في «مختصره».

ولقَبُ المسألةِ في «طريقة الخلاف»[5]: أن نُقْصَانَ الولادةِ يَنْجَبِرُ بالولدِ إذا

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٠].

(٢) وقع بالأصل: «ضمان الغائب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكَرْخِيِّ/ بشرح القُدُورِيِّ» [٣/ق ٢٩ ـ ٣٠/أ ـ ب/ مخطوط مكتبة رضا برامبور ـ الهند/ مصورة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٢/ داماد].

(٥) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٦٣].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَنْجَبِرُ [١٥٤/ظ] النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِلْكُهُ فَلَا يَصْلُحُ جَابِرًا لِمِلْكِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الظَّبْيَةِ، وَكَمَا إِذَا هَلَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ

كان بالولدِ وفاءٌ عندَنا، وقال زُفَرُ والشَّافعيُّ ﷺ: لا يَنْجَبِرُ[1].

وصورةُ المسألةِ: رَجُلٌ غصَبَ جاريةً قيمتُها ألفُ درهمٍ، فولدَتْ ولدًا قيمتُه خمسَ مئةٍ، وانتقصَتْ بالولادةِ حتَّىٰ صارَتْ قيمتُها خمسُ مئةٍ، ثم رَدَّها إلىٰ المالكِ معَ الولدِ؛ يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ عندَنا، ولا يَلْزَمُهُ غيرُ ذلك، وعندَهما: يَلْزَمُهُ رَدُّ خمسِ مئةٍ إلىٰ المالكِ.

والكلامُ مع الشَّافعيِّ ﷺ في هذه المسألةِ بناءً علىٰ المسألةِ الأُولَىٰ، وهي أن زوائدَ الغصبِ عندَنا: أمانةٌ مُتَّصِلةً كانت أو منفصلةً، وعندَه: مَضْمُونةٌ، وكذلك [٩٠/٣ظ] مسألةُ غَصْبِ المنافعِ بناءً علىٰ تلك المسألةِ أيضًا؛ لأن الولدَ إذا كان مغصوبًا ومضمونًا تبعًا للأصلِ معَ أنه أَصْلٌ قائمٌ بنفسِه، فالمنافعُ التي هي تابعةٌ للدارِ؛ لأَنْ تَكُونَ عندَه مضمونةً أَوْلَىٰ.

ثم لَمَّا كان الولدُ مضمونًا عندَه؛ لَمْ يَجُزْ أن يَنْجَبِرَ به نُقْصَانٌ؛ لأنه مشغولٌ بضمانِ نفسِه، فلا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدِّيَ به ضمانَ[2] غيرِه؛ لأَنَّ الشيءَ الواحدَ لا يتأدَّىٰ به ضمانانِ في حالةٍ واحدةٍ، وبهذا [٨١/٧و/م] الطريقِ أجمعَتِ الأُمَّةُ في ولدِ الظَّبْيَةِ إذا أُخْرِجَتْ مِن الحَرَمِ وانتقصَتْ بالولادةِ: أن الولدَ لا يَجُوزُ أن يَكُونَ جابرًا نُقْصَانَ الأُمِّ؛ لأنه لَمَّا كان مضمونًا بنفسِه لا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدِّيَ به ضمانَ غيرِه.

فأمَّا زُفَرُ ﷺ: فإنه يُسَلِّمُ أن زوائدَ المَغْصُوبِ أمانةٌ، ولكنَّه يَمْنَعُ أن يَكُونَ

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣١٣/٤، ٣١٤]، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤٢٠/٣]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١١٥].

(٢) وقع بالأصل: «ضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

أَوْ مَاتَتْ الْأُمُّ وَبِالْوَلَدِ وَفَاءٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا جَزَّ صُوفَ شَاةٍ أَوْ قَطَعَ قَوَائِمَ شَجَرَةِ غَيْرِهِ أَوْ خَصَىٰ عَبْدَ غَيْرِهِ أَوْ عَلَّمَهُ الْحِرْفَةَ.

النُّقْصَانُ منجبرًا بالولدِ؛ لأن الولدَ ملكُ المَغْصُوبِ منه، فلا يَصْلُحُ أن يَكُونَ مِلْكُه جابرًا لِمِلْكِه.

ولا يَلْزَمُ على هذا إذا قطعَ يدَ إنسانٍ، فنبَتَ مكانَها أُخرىٰ، أوْ جَزَّ شَعْرَه فنبَت مكانَه آخَرُ، حيثُ لا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ، ويَصِيرُ الثاني خلَفًا عن الجزءِ الفائتِ، وإن كان الثاني أيضًا مِلْكًا للمالكِ[1].

لأنَّا نقول: إنما لم يجب الضَّمَانُ لا باعتبار أن الثاني خَلَفٌ عن الأول، ولكن لم يَجِبِ الضَّمَانُ لانعدامِ سببِ وجوبِ الضَّمَانِ؛ لأن سببَ الضَّمَانِ إنما يتَقَرَّرُ إذا تحقَّق النُّقْصَانُ، وههنا لم يتَحقَّقِ النُّقْصَانُ؛ لأن الثانيَ لَمَّا قام مقامَ الجزءِ الأوَّلِ حقيقةً، فقدِ ارتفعَ النُّقْصَانُ وصار كأن لم يَكُنْ، بخلافِ مسألَتِنا، فإن النُّقْصَانَ تمكَّنَ وتحَقَّقَ في الأُمِّ حقيقةً، ولم يَقُمِ الولدُ مقامَها، فلا يَصْلُحُ أن يَكُونَ جابرًا للنُّقْصَانِ؛ لأن الجابرَ يَجِبُ أن يَكُونَ مِلْكَ الغَاصِبِ لا المالكِ.

ولنا: أن نُقْصَانَ الأُمِّ حَصَلَ بسببٍ حَصَلَ الزِّيَادةُ به، وكان ذلك معْنًىٰ أفاد وأفات، فيَكُونُ فواتُ الجزءِ مِن الأُمِّ إلىٰ خَلَفٍ، والفواتُ إلىٰ خَلَفٍ كلَا فواتٍ، كما إذا نزَعَ سِنَّ المَغْصُوبةِ، فنبَت مكانَها أُخرىٰ، أوْ جَزَّ شَعْرَها فنبَتَ مكانَه آخَرُ، أوْ قطَع يدَ المَغْصُوبِ في يدِ الغَاصِبِ، فأخَذ أرْشَها وردَّه مع العبدِ المَغْصُوبِ؛ لا شيءَ عليه غيرَ ذلك، وكذلك إذا كانتِ المَغْصُوبَةُ سمينةً فهُزِلَتْ ثم سَمِنَتْ؛ لا يَجِبُ شيءٌ آخَرُ؛ لأنَّ الفَواتَ في الكُلِّ إلىٰ خَلَفٍ.

وإنما قلنا: إن النُّقْصَانَ حصَلَ بسببٍ حصَلَ به الزِّيَادَةُ؛ لأن السببَ إمَّا أن

---

(١) وقع بالأصل: «المالك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

....

يَكُونَ الولادةُ أو العُلُوقُ، فأيًّا ما كان يَلْزَمُ اتِّحادُ السببِ.

بيانُه: أن الولادةَ لا تَعْرَىٰ عن الآلامِ عادةً، والآلامُ لا تعْرَىٰ عن النُّقْصَانِ عادةً، فكانتِ الولادةُ سببًا للنُّقْصَانِ، ولكنَّ الولادةَ بِلَا ولدٍ مُحالٌ، والولدُ نَفعٌ وزيادةٌ لا محالةَ.

وأمَّا العُلُوقُ: فإنه يُفْضِي إلىٰ الولادةِ التي هي سَبَبٌ للزيادةِ والنُّقْصَانِ لا محالةَ، فكان العُلُوقُ سببًا لهما جميعًا، فاتَّحَدَ سببُ الزِّيَادةِ والنُّقْصَانِ علىٰ كِلَا التقديرَيْنِ، فلا يَظْهَرُ النُّقْصَانُ معَ وجودِ الزِّيَادةِ بمقابلتِه، كما في زراعةِ الأبِ والوَصِيِّ مالَ الصَّبِيِّ، حيثُ لا يَجِبُ الضَّمَانُ؛ لأنَّ النُّقْصَانَ صورةٌ لا معْنًىٰ لا يُعَدُّ نقصانًا.

فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أن سببَ النُّقْصَانِ والزِّيَادةِ متَّحِدٌ، ولكن لَا نُسَلِّمُ أن هذا القدرَ يَكْفِي لصحَّةِ الخلافةِ، أَلَا تَرىٰ أن سببَ النُّقْصَانِ [٣/٩١و] والزِّيَادةِ قد اتَّحَدَ في مواضعَ، ومعَ هذا لم تُجْعَلِ الزِّيَادَةُ خَلَفًا عن النُّقْصَانِ.

منها: أن الولدَ إذا هلَك في يدِ الغَاصِبِ قبلَ الرَّدِّ إلىٰ مالكِ الجاريةِ؛ لا يُجْعَلُ ذلك خلفًا عن النُّقْصَانِ.

ومنها: أن الجاريةَ إذا ماتت في يدِ [٧/٨١ظ/م] الغَاصِبِ بالولادةِ، وفي الولدِ وفاءٌ بها؛ لا يُجْعَل خلَفًا عن الأُمِّ، وإن كان سببُ الفواتِ والزِّيَادةِ واحدًا.

ومنها: إذا جزَّ صُوفَ الشَّاةِ، فنَبَتَ مكانَه آخَرُ، أوْ قطَع قوائمَ الشجرةِ، فنَبَتَ مكانَها أُخرىٰ؛ فإنه لا يُجْعَلُ النابتُ خلَفًا عن الجزءِ الفائتِ.

ومنها: إذا غَصَب عبدًا فنزَع أُنْثَيَيْه؛ فإنه لا يُجْعَلُ الزِّيَادَةَ بِالخِصَاءِ خَلَفًا عن النُّقْصَان بِالخِصَاءِ.

. . . .

ومنها: إذا غَصَب عبدًا فعَلَّمه الحِرْفةَ، حتى انتقصَ بَدَنَه[1] بالتعليمِ، وازدادَتْ قيمتُه بالتعليمِ؛ لا تُجْعَلُ الزِّيَادَةُ خلَفًا عن الجزءِ الفائتِ.

ومنها: أن ظَبْيَةَ الحَرَمِ لو أُخرِجَتْ منه فولدَتْ وانتقصَتْ بالولادةِ؛ لا يُجْعَلُ الولدُ خَلَفًا عن الجزءِ الفائتِ.

قلنا: أمَّا إذا مات الولدُ قبلَ الرَّدِّ، فإنما لم تُجْعَلِ الزِّيَادةُ خلَفًا عن النُّقْصَانِ؛ لأن شَرْطَ براءةِ الغَاصِبِ: إمَّا رَدُّ الأصلِ، أوْ رَدُّ الخَلَفِ، فلم يُوجَد الرَّدُّ، فلم يُمْكِن جَعْلُ الزِّيَادَةِ خلَفًا، وأمَّا إذا ماتتِ الأُمُّ: فإنما لم يُجْعَلِ الولدُ جابرًا؛ لأنها متبوعةٌ، فلا يَكُونُ التابعُ جُبْرانًا للمتبوعِ، بخلافِ النُّقْصَانِ معَ الولدِ، فإنهما تابعان.

وقال في «الطريقة البرهانية»: «إذا ماتتِ الأُمُّ وبالولدِ وفاءٌ؛ فقد رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ في هذه المسألةِ ثلاثَ رواياتٍ:

في روايةٍ: يَصِيرُ الولدُ خلَفًا.

وفي روايةٍ: لا يَكُونُ خلَفًا.

وفي روايةٍ: يَكُونُ خلَفًا عما انتقصَتْ بالولادةِ».

قال: «فنحن نختارُ الروايةَ التي قال فيها أنه يَكُونُ خَلَفًا عن الأُمِّ».

وأمَّا إذا جزَّ صُوفَ شاةٍ، أوْ قطَعَ قوائمَ شجرةٍ؛ فإن ثَمَّةَ سببَ النُّقْصَانِ غيرُ سببِ الزِّيَادَةِ؛ لأن سببَ النُّقْصَانِ هو القطعُ، وسببُ الزِّيَادَةِ كونُ المحلِّ مُنبتًا لا القطعَ، فإذا كان السببُ مختلفًا؛ لم تُجْعَلِ الزِّيَادَةُ خَلَفًا.

وكذلك نقولُ في تعليمِ العبدِ الحِرْفَةَ: إن السببَ ليس بمُتَّحِدٍ؛ لأن سببَ

---

(١) وقع بالأصل: «بديه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلَنَا: أَنَّ سَبَبَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَاحِدٌ، **وَهُوَ الْوِلَادَةُ أَو الْعُلُوقُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ**، وَعِنْدُ ذَلِكَ لَا يُعَدُّ نُقْصَانًا فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا غَصَبَ

غاية البيان

النُّقْصَانِ التعليمُ الذي يُوجِبُ المشقَّةَ، وسببُ الزِّيَادةِ ليس بتعليمٍ، بل هو الحَذَاقَةُ وسرعةُ الخاطرِ والفهمُ، ولهذا يشتركُ الاثنان في التعليمِ، ويَسْبِقُ أحدُهما الآخرَ في التعلمِ لسُرْعةِ فَهْمِه.

وأمَّا نَزْعُ الأُنْثَيَيْنِ: فإن ذلك ليس بزيادةٍ مُعْتَبَرَةٍ، وكانت كالعدمِ، فلم تُجْعَلِ الزِّيَادَةُ خَلَفًا؛ لأن ذلك أمْرٌ حرامٌ لا يَرْغَبُ فيه إلا بعضُ الفَسَقةِ، ويُجْعَلُ الْخَصِيُّ كالمَحْرَمِ، وإنما هو فَحْلٌ ليس بمَحْرمٍ في حقِّ المولاةِ.

وأمَّا الظَّبْيَةُ المُخْرَجةُ مِن الحَرَمِ إذا ولدَتْ خارجَ الحَرَمِ؛ فقد قيل: إن الولدَ يَكُونُ خَلَفًا عن نُقْصَانِ الأُمِّ، وإليه ذهبَ صاحبُ «**الهداية**»، فلا يَرِدُ نقْضًا.

ولَئِنْ سَلَّمْنا أنه لا يَكُونُ خَلَفًا، فنَقُولُ: إن الولدَ مشغولٌ بضمانِ نفسِه، فلا يَجُوزُ أن يتأدَّىٰ به ضمانُ غيرِه، والباقي يُعْلَم في نُسَخِ «**طريقة الخلاف**»، إنْ شاء اللهُ تعالىٰ خصوصًا في «**الطريقة البُرْهانية**».

قولُه: (**وَهُوَ الْوِلَادَةُ أَو الْعُلُوقُ**)، أي: سببُ الزِّيَادَةِ والنُّقْصَانِ الولادةُ أو العُلُوقُ.

يعني: أن كلَّ واحدٍ مِن [٩١/٣ظ] الولادةِ والعُلُوقِ يَصْلُحُ أن يَكُونَ سببًا للزيادةِ والنُّقْصَانِ، وقد مَرَّ بيانُ ذلك.

وقيل: إن [٨٢/٧و/م] الولادةَ سَبَبٌ لهما عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ، والعُلُوقُ سَبَبٌ لهما عندَ أبي حَنِيفَةَ، وفيه نَظَرٌ.

قولُه: (**عَلَىٰ مَا عُرِفَ**)، [أي][1]: في «**طريقة الخلاف**».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«قا٣».

جَارِيَةً سَمِينَةً فَهَزَلَتْ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ سَقَطَتْ ثَنِيَّتُهَا ثُمَّ نَبَتَتْ أَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَغْصُوبِ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ أَرْشَهَا وَأَدَّاهُ مَعَ الْعَبْدِ يُحْسَبُ عَنْ نُقْصَانِ الْقَطْعِ، وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الْأُمُّ.

وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ: أَنَّ الْوِلَادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الْأُمِّ، إِذْ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ أَصْلِهِ لِلْبَرَاءَةِ،

غاية البيان

قولُه: (وَوَلَدُ الظَّبْيَةِ مَمْنُوعٌ)، يعني: لَا نُسَلِّمُ أن ولدَ [الظَّبْيَةِ][1] لا يَكُونُ جابرًا لنقصانِ الأُمِّ كما قال الشَّافعيُّ وزُفَرُ، وقد قيل: إنه يَصْلُحُ أن يَكُونَ جابرًا، فعلى هذا يمْنَعُ قياسُهما عليه.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا مَاتَتِ الْأُمُّ)، يعني: أن القياسَ على موتِ الأُمِّ أيضًا ممنوعٌ؛ لأنه يَكُونُ جابرًا في روايةٍ عن أبي حَنِيفَةَ، وفيه ثلاثُ رواياتٍ ذَكَرْناها قبلَ هذا.

قولُه: (وَتَخْرِيجُ الثَّانِيَةِ: أَنَّ الْوِلَادَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِمَوْتِ الْأُمِّ، إِذْ لَا تُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا)، أي: تخريجُ المسألةِ الثانيةِ، وهي مسألةُ موتِ الأُمِّ على تقديرِ التَّسْلِيمِ، وإنما سمَّاها ثانيةً؛ لأنها وقعَتْ ثانيةً في بيانِ الجوابِ؛ والمصنِّفُ منَع ولدَ الظَّبْيَةِ، ثم عطَفَ عليه مسألةَ موتِ الأُمِّ، وإن كانت وقعَتْ مسألةُ موتِ الأُمِّ في ترتيبِ المسائلِ التي قاس عليها زُفَرُ ثالثةً[2].

بيانُ ذلك: أن السببَ ما يَكُونُ مُفْضِيًا إلى الشيءِ غالبًا، والولادةُ ليست تُفْضِي إلى الموتِ غالبًا بل نادرًا؛ لأن موتَ الأُمِّ بالولادةِ ليس بمعتادٍ، فلا تَكُونُ الولادةُ سببًا للموتِ، فلم يَكُنِ الولدُ جابرًا للأُمِّ؛ لأنَّ الولادةَ سببٌ للزيادةِ فحسبُ، لا للموتِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «ثلاثة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

فَكَذَا لَا بُدَّ مِنْ رَدِّ خَلَفِهِ، وَالْخِصَاءُ لَا يُعَدُّ زِيَادَةً؛ لِأَنَّهُ غَرَضُ بَعْضِ الْفَسَقَةِ، وَلَا اتِّحَادَ فِي السَّبَبِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ مِنْ الْمَسَائِلِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النُّقْصَانِ الْقَطْعُ وَالْجَزُّ، وَسَبَبَ الزِّيَادَةِ النُّمُوُّ، وَسَبَبَ النُّقْصَانِ التَّعْلِيمُ، وَالزِّيَادَةُ سَبَبُهَا الْفَهْمُ.

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا وَحَبِلَتْ، ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا؛ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْحُرَّةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا.

غاية البيان

قولُه: (وَالْخِصَاءُ)، خِصَاءُ الإنسانِ والدَّابَّةِ ممدودٌ على [وَزْنِ][1] فِعَالٍ.

يُقالُ: خَصَاهُ يَخْصِيه، مثلُ عَصَاهُ يَعْصِيه، خِصاءً؛ إذا سَلَّ خُصْيَيْه.

قولُه: (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَزَنَى بِهَا وَحَبِلَتْ، ثُمَّ رَدَّهَا وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا؛ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ عَلِقَتْ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْحُرَّةِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا).

وصورةُ [المسألةِ] في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجُلِ يَغْصِبُ الجاريةَ فيَزْنِي بها، ثم يردُّها، فتَحْبَلُ فتموتُ في نِفَاسِها، قال: هو ضامنٌ لقيمَتِها يوم عَلِقَتْ، وليس عليه في الحُرَّةِ ضمانٌ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: لا ضمانَ عليه في الأَمةِ أيضًا إذا ماتت في نِفَاسِها بعدَما يَرُدُّها»[2]. إلى هنا لَفْظُ أصلِ «الجامع الصغير»، وهو مِن الخَوَاصِّ.

يُريدُ به: إذا زنى بها رَجُلٌ مُكْرَهةً كانت أوْ مُطاوِعةً؛ فإنه ذكرَ محمدٌ مطلقًا في «الجامع الصغير»، ولم يُقَيِّده بحالةِ الطَّوَاعِيةِ. كذا قال الصدرُ الشهيدُ في «شرحه»، وإنما قَيَّدَ بالحَبَلِ من الزِّنا؛ لأنه إذا كان مِن الزوجِ أو المولى؛ فلا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٧].

لَهُمَا: أَنَّ الرَّدَّ قَدْ صَحَّ، وَالْهَلَاكُ بَعْدَهُ بِسَبَبِ حَدَثٍ فِي يَدِ الْمَالِكِ وَهُوَ الْوِلَادَةُ فَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ. كَمَا إِذَا حُمَّتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ رَدَّهَا فَهَلَكَتْ، أَوْ زَنَتْ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ مِنْهُ، وَكَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً قَدْ حَبِلَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَمَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ.

غاية البيان

ضمانَ، أَلَا ترىٰ إلىٰ ما ذكَر الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإنْ حبِلَتْ عندَ الغَاصِبِ مِن زَوْجٍ؛ كان لها في يدِ المولىٰ، فلا ضمانَ علىٰ الغَاصِبِ في شيءٍ مِن ذلك، وإن ماتت مِن الحَبَلِ، وكذلك لو ماتت في يدِ [٨٢/٧ظ/م] الغَاصِبِ مِن إحبالِ المولىٰ لها»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ.

لهما: أن رَدَّ عينِ المَغْصُوبِ إلىٰ المالكِ قد حصَلَ، وهو الواجبُ علىٰ الغَاصِبِ، ثم الهلاكُ حصَل بسببِ حادثٍ في يدِ المالكِ، وهو الولادةُ، فلا يَضْمَنُ الغَاصِبُ، كمنِ اشترىٰ جاريةً فوجَدها حاملًا، فولدَتْ في يدِه، فماتَتْ في نِفاسِها؛ لا يَرْجِعُ علىٰ البَائعِ بالثمنِ، ولكن يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الحَبَلِ.

وكذا لو حُمَّتْ عندَ الغَاصِبِ فردَّها علىٰ المالكِ فهلكَتْ عندَ المالكِ؛ لا يَضْمَنُ قيمَتَها، ولكن يَضْمَنُ [٩٢/٣و] النُّقْصَانَ، وكذلك لو زنَتْ عندَ الغَاصِبِ فردَّها، فجُلِدَتْ عندَ المالكِ، وماتَتْ بذلك؛ كان علىٰ الغَاصِبِ النُّقْصَانُ، ولا يَكُونُ عليه قِيمَةُ الجاريةِ. كذا قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «**شرح الجامع الصغير**».

ولأبي حَنِيفَةَ: أن الواجبَ علىٰ الغَاصِبِ الرَّدُّ علىٰ الوجهِ الذي أخَذ[2]، فلم يُوجَدِ [الرَّدُّ][3] علىٰ [ذلك][3] الوجهِ الذي أخَذ؛ لأنه أخذها وهي فارغةٌ عن سببِ التلفِ، ورَدَّها وهي مشغولةٌ بسببِ التلفِ؛ لأن العُلُوقَ لا بُدَّ له مِن الوضعِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٢/٢ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «الذي غصب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلَهُ أَنَّهُ غَصَبَهَا وَمَا انْعَقَدَ فِيهَا سَبَبُ التَّلَفِ وَرُدَّتْ وَفِيهَا ذَلِكَ فَلَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أُخِذَ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ، وَصَارَ كَمَّا إِذَا جَنَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ جِنَايَةً فَقُتِلَتْ بِهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ، أَوْ دَفَعَتْ بِهَا بِأَنَّ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً، يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِكُلِّ الْقِيمَةِ. كَذَا هَذَا. بِخِلَافِ الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا [١٥٥/و] تَضْمَنُ بِالْغَصْبِ لِيَبْقَى ضَمَانُ الْغَصْبِ بَعْدَ فَسَادِ الرَّدِّ.

غاية البيان

والولادةِ، فكان التلفُ الحاصلُ بالولادةِ مضافًا إلى العُلُوقِ الذي كان في يدِ الغَاصِبِ، فلا يَبْرَأُ مِن الضَّمَانِ، كما إذا جنَتْ عندَ الغَاصِبِ فرَدَّها إلى المالكِ، فقُتِلَتْ بتلك الجِنَايةِ، أو دُفِعَتْ رقبتُها، بأنْ كانت الجِنَايةُ خطأً، حيثُ يَرْجِعُ المالكُ على الغَاصِبِ بكلِّ القِيمَةِ، كأنه لم يَرُدَّها أصلًا، بخلافِ الحُرَّةِ إذا زنى بها رَجُلٌ مُكْرَهةً، فحَبِلَتْ وماتَتْ في نِفاسِها؛ لأن الحُرَّةَ لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ، فلا يَبْقَى ضمانُ الغَصْبِ بعدَ فسادِ الرَّدِّ، ولهذا إذا هلكَتْ عندَ الغَاصِبِ لا يَضْمَنُ شيئًا.

والجوابُ عن المسائلِ: أمَّا مسألةُ الشراءِ: منَعَها بعضُ مشايخِنا، فقال: يَرْجِعُ بجميعِ الثمنِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وسَلَّم بعضُ مشايخِنا، وفرَّقَ بينَ مسألةِ الغَصْبِ، ومسألةِ الشراءِ، فقال: في الغَصْبِ الواجبِ على الغَاصِبِ نسْخُ فِعْلِه بالردِّ على الوجهِ الذي أخَذَ، ولم يُوجد ذلك، حيثُ هلكَتْ بسببٍ كان عندَ الغَاصِبِ، فلا جَرَمَ وجبَتْ عليه قيمتُها.

وفي الشراءِ: الواجبُ على البَائعِ تسليمُ المَبِيعِ لا الرَّدُّ، والتردُّدُ في كونِه مُفْضِيًا إلى التلفِ أمْ لا يَمْنَعُ صحَّةَ الرَّدِّ، ولا يمْنَعُ صحَّةَ التَّسْلِيمِ والقبضِ؛ لأنه سَلَّمَ المَبِيعَ كما وقَع عليه العقدُ، وهو أنه مالٌ مُتَقَوِّمٌ، وبموتِها في النفاسِ لا يَنْعَدِمُ التَّسْلِيمُ على الوجهِ الذي وجَبَ عليه، فلا يَضْمَنُ الثمنَ.

وأمَّا مسألةُ الحُمَّى: فإن الهلاكَ ثَمَّةَ لضَعْفِ الطبيعةِ عن دَفْعِ آثارِ الحُمَّى

وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ: الْوَاجِبُ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ مَا ذَكَرْنَاهُ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ وَالزِّنَا سَبَبٌ لِجِلْدٍ مُؤْلِمٍ لَا جَارِحٍ وَلَا مُتْلِفٍ فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

قَالَ: وَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ؛ فَيَغْرَمُ النُّقْصَانَ.

المتواليةِ، وذلك لا يَحْصُلُ بالحُمَّىٰ الأُولىٰ عندَ الغَاصِبِ، فإن ذلك ليس بمُوجِبٍ لِمَا بَعْدَه، بخلافِ الهلاكِ مِن حَبَلِ الزِّنا؛ فإن ذلك بالسببِ الأوَّلِ، وبخلافِ الجَلْدِ؛ لأن الزِّنا يُوجِبُ جَلْدًا مُؤْلِمًا لا مُتْلِفًا، فلا يُضافُ [٨٣/٧و/م] التلفُ إلىٰ الزنا، فلم يَضْمَنِ الغَاصِبُ قيمتَها.

قولُه: (وَفِي فَصْلِ الشِّرَاءِ: الْوَاجِبُ ابْتِدَاءُ التَّسْلِيمِ)، أي: الواجبُ علىٰ البَائعِ التسليمُ للمَبِيعِ، كما أَوجبَه العقدُ مرَّةً واحدةً لا دائمًا[1]، ولم يَنفَسِخْ ذلك التَّسْلِيمُ بهلاكِها بالولادةِ عندَ المُشْتَرِي، بخلافِ صورةِ الغَصْبِ، فإن الواجبَ علىٰ الغَاصِبِ الرَّدُّ علىٰ الوجهِ الذي أَخَذ، والرَّدُّ علىٰ ذلك الوجهِ بشرطِ صحَّةِ الرَّدِّ، فإذا لم يُوجَدِ الرَّدُّ علىٰ ذلك الوجهِ بشرطِ صحَّةِ الرَّدِّ؛ لم يوجدِ الشرطُ، فإذا انتفَىٰ الشرطُ؛ انتفَىٰ المشروطُ أيضًا، وهو صحَّةُ الرَّدِّ، فلم يَصِحَّ الرَّدُّ، فصار كأنه لم يَرُدَّ، فانتقضَ الرَّدُّ بالهلاكِ بسببٍ كان عندَ الغَاصِبِ، وهذا معنىٰ قولِه: (مَا ذَكَرْنَاهُ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ). فافهم.

قولُه: (فَلَمْ يُوجَدِ السَّبَبُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ)، وهو الجَلْدُ الجارحُ أو المُتْلِفُ.

قولُه [٩٢/٣ظ]: (قَالَ: وَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ؛ فَيَغْرَمُ النُّقْصَانَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

(١) وقع بالأصل: «لأدائه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُهَا، فَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَلَا فَرْقَ فِي الْمَذْهَبَيْنِ بَيْنَمَا إِذَا عَطَّلَهَا أَوْ سَكَنَهَا. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنَّ سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرَ الْمِثْلِ، وَإِنَّ عَطَّلَهَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

قال في «إشارات الأسرار»: «المَنَافِعُ لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ، سواءٌ صرفَها إلىٰ نفسِه، أَوْ عَطَّلها علىٰ المالكِ.

وقال الشَّافعيُّ: تُضْمَنُ في الحالَيْنِ[1]».

وقال في «الطريقة البرهانية»: المَنَافِعُ لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ والاستهلاكِ في قولِ علمائِنا رحمهم الله خلافًا للشَّافعيِّ.

وصورةُ المسألةِ: رَجلٌ غَصَبَ عبدًا، فأمسكَه شهرًا حتىٰ صار غاصبًا للمَنَافعِ أو استعملَه حتىٰ صار مُسْتهلكًا لها عندَنا: لا تُضْمَنُ هذه المَنَافعُ، وعندَه: تُضْمَنُ.

وقال صدْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ في «شرح الكافي»: «وليس علىٰ الغَاصِبِ في ركوبِ الدَّابَّةِ وسُكْنىٰ الدارِ أَجْرٌ، وهو مذهبُ علمائِنا.

وقال الشَّافعيُّ: عليه الأجرُ[2]، وكذلك لو لم يَرْكَبْهَا، ولا سَكَنها، ولكنْ حبَسَها أيامًا ثم رَدَّها علىٰ صاحبِها، فلا أَجْرَ عليه عندنا. وقال الشَّافِعِيُّ: عليه أَجْرُ مثلِها[3]».

وقال صاحبُ «الهداية»: (وَقَالَ مَالِكٌ: إذا سَكَنَهَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٩٣]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٩٨]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٢ ـ ١٣].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/١٥١]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٣٠٠].

(٣) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٩٣]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢٠٨].

. . . .

عطَّلَهَا لَا شَيْءَ عَلَيْهِ[(١)]). وذلك لأنه في الأوَّلِ انتفعَ بمِلْكِ الغيرِ، وفي الثاني: لا.

وَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ: أن حَدَّ الغَصْبِ ـ وهو إثباتُ اليدِ ـ على مالِ الغيرِ ظُلمًا، وقد تحقَّق[(٢)]، [فيَجِبُ][(٣)] ضمانُ الغَصْبِ، وهذا لأن المَنَافعَ أموالٌ مُتقوِّمَةٌ كالعينِ، فتُضْمَنُ، ولهذا تُضْمَنُ بِالعُقُودِ الصحيحةِ والفاسدةِ، والشيءُ في العُقُودِ الفاسدةِ يُضْمَنُ عندكم بِالقِيمَةِ، فلولا أن المَنَافعَ أموالٌ مُتقوِّمَةٌ لَمَا صحَّ ذلك.

ولهذا لو تزوَّج امرأةً بسُكْنَى الدارِ أوْ مَنَافِعِ العبدِ سَنَةً؛ جاز وصحَّتِ التسميةُ، ولولا أن المَنَافِعَ أموالٌ لَمَا صحَّتِ التسميةُ؛ لقولِه تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

ولنا: ما رُوِيَ [عن][(٤)] عُمرَ وعليٍّ وعامَّةِ الصحابةِ ﷺ: أنهم أوجبوا على المَغْرورِ الذي وَطِئَ امرأةً متعمدًا على مِلْكِ نِكَاحٍ قِيمَةَ الولدِ وقِيمَةَ مَنَافعِ [٧/٨٣ظ/م] البُضعِ، ولم يُوجِبوا عليه قِيمَةَ مَنَافِعِ البدنِ، ولو كان واجبًا لبَيَّنُوا ذلك؛ لأن الحاجةَ إلى البيانِ كانت ماسَّةً.

ولأن المَنَافِعَ لو كانت مَضْمُونَةً على الغَاصِبِ؛ لا يَخْلُو: إمَّا أن تَكُونَ مَضْمُونةً بأمثالِها من المَنَافِعِ أوْ بغيرِها مِن الأعيانِ، كالدراهمِ والدنانيرِ، فلا يَجُوزُ أن تَكُونَ مَضْمُونَةً بالأمثالِ وهي المَنَافِعُ؛ لأنه لا قائلَ بذلك، ولا يَجُوزُ أن تَكُونَ مَضْمُونَةً بالأعيانِ لعدمِ المُمَاثَلَةِ، والمُمَاثَلَةُ شرْطٌ في ضمانِ العدوانِ؛ لقولِه تعالى:

---

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٨٤٤]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٧/٣١٩، ٣٢٠]، و«الشرح الصغير» للدردير [٣/٣٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «تحقَّق قيمته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

لَهُ أَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ مُتَقَوِّمَةٌ حَتَّىٰ تُضْمَنَ بِالْعُقُودِ فَكَذَا بَالْغُصُوبِ.

غاية البيان

﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

بيانُ عدمِ المُمَاثَلَةِ صورةً ظاهرٌ، وكذا معنًى؛ لأن المَنَافِعَ أعراضٌ لا بقاءَ لها عندَ أهلِ السُّنَّةِ والجماعةِ، فكما تُوجَدُ تتلاشَىٰ وتَفْنَىٰ، والأعيانُ لها بقاءٌ وقيامٌ بنفسِها، وبينَ ما يَبْقَىٰ و[بينَ][1] ما لا يَبْقَىٰ تفاوُتٌ عظيمٌ، فتَكونُ ماليَّةُ الأعيانِ فوقَ ماليَّةِ الأعراضِ، فثَبَتَ التفاوُتُ النافي للمُمَاثَلَةِ.

فإذا لم يَكُنْ ضمانُ المَنَافِعِ بالأمثالِ والأعيانِ جميعًا؛ قلنا: بأنها ليست مَضْمُونَةً بِالغَصْبِ، وكذا إتلافُ المَنَافِعِ حقيقةً لا يُتصَوَّرُ؛ لأن التلفَ لا يَكُونُ مُقْتَرِنًا بالوجودِ؛ لأنه ضِدُّه، فلو كان وجودُ التلفِ مُقْتَرِنًا بوجودِ المَنْفَعَةِ [٣/٩٣و]؛ لامتَنَع وجودُ المَنْفَعَةِ أصلًا؛ لتنَافٍ بينَ التلفِ والوجودِ؛ لأن ضِدَّ الشيءِ إذا طرَأ عليه رَفَعه[2]، فإذا قارَنه دَفَعَه، وبعدَ وجودِ المَنْفَعَةِ لا يُتصَوَّرُ الإتلافُ أيضًا؛ لأنها كما تُوجَدُ تتلاشَىٰ وتَنْعَدِمُ في نفسِها، كذلك خَلَق اللهُ تعالىٰ الأعراضَ.

فلا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ الإتلافِ في حالةٍ ثانيةٍ، حتىٰ يَصِحَّ الإتلافُ، فإذا لم تَكُنْ باقيةً في الحالةِ الثانيةِ، كيف يُتصَوَّرُ الإتلافُ منه[3]؟ فإذا وُجِدَتْ وفَنِيَتْ في نفسِها مِن غيرِ أن يَكُونَ فَنَاؤُها مضافًا إلىٰ فِعْلٍ واحدٍ؛ كيف يُضافُ إلىٰ فِعْلِه، ولا فِعْلَ له في المَنَافِعِ، وإنما الفعلُ لو وُجِدَ في محلِّ المَنَافِعِ؛ يُعَدُّ ذلك تحصيلًا للمَنَافِعِ لنفسِها، فكيفَ يُعَدُّ فِعْلُ التحصيلِ إتلافًا.

فإنِ ادَّعَىٰ أنه سَبَبٌ[4] فنقُولُ: لا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ الإتلافِ ليُعْتَبَرَ التسْبِيبَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٢) وقع بالأصل: «دَفَعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٣) وقع بالأصل: «ومنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٤) وقع بالأصل: «مسبب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

إتلافًا، ولا يُتصَوَّرُ الإتلافُ لِمَا قلنا.

فإن قال: الإعدامُ من العبادِ يُتصَوَّرُ بطريقِ التسْبيبِ دونَ الإعدامِ.

فنَقول: هذا لا نزاعَ فِيه، ولكن لا بُدَّ مِن بقاءِ المحلِّ؛ لِيَكُونَ الفعلُ مُصادِقًا إيَّاه، إمَّا مباشرةً أوْ تَسْبيبًا، ولا يُمْكِنُه بوجهٍ [ما][1]، ولأن ضمانَ الغَصْبِ إنما يَجِبُ إذا وُجِدَ معنى الغَصْبِ، وهو إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه على وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ تفويتَ يدِ المالكِ، والمَنَافِعُ قد وُجِدَتْ في يدِ الغَاصِب، فلم تَحْدُثْ في يد المالك، [فلا يَحْصُل تفويت يد المالك][1]، فلا يتَحَقَّق معنى [٨٤/٧و/م] الغَصْب.

تحقيقُ ذلك: ما قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «أصوله»: «إن قيامَ الأعراضِ بالأعيانِ، والعينُ تَقومُ بنفسِه، ولا مُمَاثَلَةَ بينَ ما يَقُومُ بنفسِه، وبينَ ما يَقُومُ بغيرِه، بل ما يَقُومُ بنفسِه أزْيَدُ في المعنى لا محالةَ، ولكن هذه الزِّيادةَ يَسْقُطُ اعتبارُها في ضمانِ العقدِ؛ لوجودِ التراضِي، فاسدًا كان [العقدُ][1] أوْ جائزًا.

ولا وَجْهَ لإسقاطِ اعتبارِ هذه الزِّيادةَ في ضمانِ العدوانِ؛ لأن بظُلْمِ الغَاصِبِ لا يَسْقُطُ حُرْمةُ مالِه، فلو أوْجَبْنا عليه هذه الزِّيادةَ أهْدَرْناها في حقِّه، ولو لم نُوجِبِ الضَّمانَ؛ لم نَهْدُرْ حقَّ المَغْصُوبِ منه، بل يتأخَّرُ إلى الآخرةِ، وضررُ التأخيرِ دونَ ضررِ الإهدارِ، فإذا ألزمناه أداءَ الزِّيادةِ؛ كان ذلك مُضافًا إلينا، وإذا لم نُوجِبِ الضَّمانَ لتعَذُّرِ إيجابِ المِثْلِ صورةً ومَعْنًى، لا يَكُونُ سقوطُ حقِّ المَغْصُوبِ منه في حقِّ أحكامِ الدنيا مُضافًا إلينا، بمنزلةِ مَن ضَرَب إنسانًا ضربًا لا أثر له، أوْ شتَمَ شتيمةً لا عُقُوبةَ بها في الدنيا»[2]. كذا في «أصول» شمسِ الأئمَّةِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «أصول السرخسي» [٥٧/١].

. . . .

ولَا نُسَلِّمُ أن المَنَافِعَ أموالٌ، فإنها لا تَبقَىٰ ولا يُعَدُّ الإنسانُ مُتموِّلًا بمِلْكِ المَنَافِعِ، وإنما الأعيانُ تُعَدُّ أموالًا لصلاحيَّتِها للانتفاعِ بها، وادِّخَارِها لوَقْتِ الحاجةِ.

فأمَّا الصَّرْفُ إلى الحاجةِ: فلا يُعَدُّ تَمَوُّلًا كالأكْلِ، غيرَ أن الشَّرْعَ اعتبَرَها أموالًا في حقِّ العُقُود لمَسَاس الحاجة إليها، ثم إذا ظهر التقَوُّمُ في حقِّ العقدِ لا يُفْصَلُ بينَ الصحيحِ والفاسدِ. كذا في «**إشارات الأسرار**».

ولأن كلَّ سببٍ ضُمِنَ به المَنْفَعَةُ تَسْتَوِي فيه مَنْفَعَةُ الحُرِّ، والعبدُ [٣/٩٣ظ] أصْلُه: الإجارةُ الصحيحةُ والفاسدةُ، ومعلومٌ أن مَن حبَسَ حرًّا صانعًا، وحالَ بيْنَه وبينَ العملِ؛ لم يَضْمَن أُجْرَتَه، فكذلك إذا حبَسَ عبدًا أوْ مَنَعه مِن مولاه، وهذا أصْلٌ مُسَلَّمٌ.

ولا يُقالُ منهم قائلٌ: إن مَنْفَعَةَ الحُرِّ تُضْمَنُ.

لأنَّا نَقُولُ: الحُرُّ لا تُضْمَنُ رقبتُه بِالغَصْبِ، وكذلك منفعتُه.

فإنْ قيل: كلُّ ما ضُمِنَ بالمُسمَّىٰ في العقدِ الصحيحِ ضُمِنَ بِالغَصْبِ، أصْلُه[1]: الأعيانُ.

قيل: قد يُضْمَنُ بِالعُقُودِ ما لا يُضْمَنُ بغيرِها، ألا تَرىٰ أن مَن باع عبدًا يُساوي مئةً بمئتَيْنِ، فما زاد علىٰ مقدارِ القيمةِ يُضْمَنُ بالعقدِ، ولا يُضْمَنُ بالغصبِ.

فإنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أن استهلاكَ المَنَافِعِ حقيقةً لا يُتصَوَّرُ؛ لأنها كما تُوجَدُ تتلاشَىٰ؛ لأن العَرَضَ لا بقاءَ له، ولكن لِمَ قلتُم: إن استهلاكها معنًىٰ وتقديرًا لا يُتصَوَّرُ، وهذا لأن الغَاصِبَ لَمَّا منعَ حدوثَ المَنَافِعِ علىٰ مِلْكِ المالكِ بعدَ حصولِ [٢/٤٨ظ م] السببِ وهو الدارُ؛ كان المنعُ مِن الحدوثِ بمنزلةِ الإهلاكِ.

---

(١) وقع بالأصل: «أصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

قلنا: إن المنعَ مِن الحدوثِ لا يَجُوزُ أنْ يُجْعَلَ سببًا لضمانِ العينِ، وإنما السببُ هو الإتلافُ، ولذلك قلنا: إذا قطعَ شجرةَ إنسانٍ لا يَجِبُ عليه ضمانُ الثمارِ، وإنْ منعَ مِن حُدوثِها على مِلْكِ المالك، فكذلك ههنا.

وَوجْهٌ آخرُ: أن المَنَافِعَ حدثَتْ على مِلْكِ الغَاصِبِ، فلا يَجُوزُ أن تَكُونَ مَضْمُونَةً عليه، سواءٌ تُصُوِّرَ استهلاكُها أوْ لم يُتَصَوَّرْ؛ لأن استهلاكَ مِلْكِ نفسِه لا يَصْلُحُ سببًا للضَّمَانِ، وإنما قُلنا: إنها حدثَتْ على مِلْكِ الغَاصِبِ؛ لأنها حدثَتْ بِفِعْلِه وكَسْبِه؛ لأن المَنْفَعَةَ عندَ التحقيقِ ليست هي إلا وصولَ اللذَّةِ إليه، وحصولَ النفعِ له، وذلك إنما يَحْصُل بدخولِه فيه، والسكنى فيه، ودخولُه في الدارِ، وسُكْناه: كَسْبُه وفِعْلُه، فصحَّ ما قلنا: إنها حدثَتْ على مِلْكِه؛ لأنها حصلَتْ بِفِعْلِه وكَسْبِه، ولهذا قلنا: إن الغَاصِبَ إذا آجَرَ الدارَ المَغْصُوبَةَ؛ تَكُونُ الأُجْرَةُ له؛ لأنه حصَّلَ هذه المَنَافِعَ، فكان البدلُ له.

فَإنْ قُلْتَ: لا نُسَلِّمُ أن المَنفَعَةَ حدثَتْ على مِلْكِ الغَاصِبِ، ولَا نُسَلِّمُ أنها حدثَتْ بفِعْلِه وكَسْبِه، بل حدثَتْ عندَ فِعْلِه وكَسْبِه، فيَكُونُ فِعْلُه شرطًا لحصولِ المَنْفَعَةِ، لا أن يَكُونَ سببًا لحصولِها، فيَكُونُ مُسْتوفيًا لمنفعةٍ مملوكةٍ للغيرِ، فيَجِبُ الضَّمَانُ، ولهذا تَجِبُ الأُجْرَةُ على المُسْتأجِرِ بالإجماعِ، فلو حدثَتِ المَنَافِعُ بفِعْلِه، وهو الدخولُ والسكنى؛ لم تَجِبْ عليه الأُجْرَةُ؛ لأن المَنْفَعَةَ حينَئِذٍ تَكُونُ حاصلةً بفِعْلِه، فتَكُونُ مِلْكًا له.

قلنا: قد بَيَّنَّا أنها حدثَتْ على مِلْكِه؛ لأنها حدثَتْ بفِعْلِه وكَسْبِه، وكَسْبُ الإنسانِ مِلْكُه.

وأمَّا قولُه: بأنها حدثَتْ عندَ فِعْلِه، فذلك لا يَصِحُّ؛ لأن المَنْفَعَةَ ليست بمُودَعَةٍ في العينِ حتَّى تَصيرَ واصِلًا إليه عند فِعْلِه واستيفائِه، ولكن اللذةَ إذا

وَلَنَا: أَنَّهَا حَصَلَتْ فِي مِلْكِ الْغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ إِذْ هِيَ لَمْ تَكُنْ حَادِثَةً فِي يَدِ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَاضٌ لَا تَبْقَىٰ فَيَمْلِكُهَا دَفْعًا لِحَاجَتِهِ ، وَالْإِنْسَانُ

حصلَتِ للحَيِّ تُسمَّىٰ تلك اللذةُ مَنفَعةً ، ولكن يُشْترطُ في حصولِ هذه المَنْفَعةِ كونُ المحلِّ قابلًا للانتفاعِ ، فذلك مِن شرائطِه.

أَلَا تَرَىٰ أن الأكلَ والشربَ تحصُلَ بهما اللَّذَّةُ [٣/٩٤و] ، ولكن عندَ وجودِ الشرطِ ، وهو كونُ المحلِّ المأكولِ قابلًا لدَفْعِ الجوعِ ، وكونِ الماءِ قابلًا لدَفْعِ العطَشِ ، وبذلك لا تخرُجُ اللَّذةُ مِن أن تَكُونَ حاصلةً بالأكلِ والشُّرْبِ ، فكذلك ههنا.

والجوابُ عن مسألةِ الإجَارَةِ قُلنا: لا تَجِبُ الإِجَارَةُ عندَنا بمقابلةِ المَنَافِعِ ، بل بمقابلةِ التمكينِ مِن جهةِ المالكِ ؛ لأنه لَمَّا لم يَتَمَكَّنْ مِن اسْتِيفَاءِ المَنَافِعِ إلا بتمكينِه ، كان ذلك طريقًا للوصولِ إلىٰ استيفاءِ المنافعِ ، فأُعْطِيَ لِمَا هو وسيلةٌ إلىٰ المَنْفَعَةِ حُكْمُ المَنْفَعَةِ في [٧/٨٥و/م] حقِّ وجوبِ الأُجْرَةِ باعتبارِ الحاجةِ.

ولا حاجةَ إلىٰ مِثْلِ ذلك في مسألتِنا حتىٰ يُقامَ التمكينُ مقامَ المَنْفَعَةِ في حقِّ وجوبِ الضَّمَانِ ؛ لأن ذلك تقريرُ الحرامِ ، وهو الغَصْبُ ، بخلافِ الإِجَارَةِ ؛ لأنها في نفسِها عَقْدٌ مَشْرُوعٌ ، فجاز أنْ يُقَامَ مقامَ المَنْفَعَةِ تقريرًا لِمَا هو مَشْرُوعٌ ، والباقي يُعْلَمُ في [نُسَخِ][1] «**طريقة الخلاف**» إن شاء اللهُ تعالىٰ.

قوله: (حَصَلَتْ فِي مِلْكِ الْغَاصِبِ لِحُدُوثِهَا فِي إِمْكَانِهِ) ، أي: في تصرُّفِه وقُدْرَتِه علىٰ وَجْهِ صَرَفِها إلىٰ حاجةِ نَفْسِه دونَ غيرِه ، وهذا لأنَّ المَنَافِعَ قبلَ الحُدوثِ لم تَكُنْ مملوكةً للمالكِ ، فكما حدثَتْ حدثَتْ في مِلْكِ الغَاصِبِ ؛ لأنها حصلَتْ بكَسْبِه ، ولا ضمانَ عليه فيما أتلفه مِن كَسْبِه.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«فا٣».

لَا يَضْمَنُ مُلْكَهُ، كَيْفَ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ غَصْبُهَا وَإِتْلَافُهَا؛ لِأَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهَا، وَلِأَنَّهَا لَا تُمَاثِلُ الْأَعْيَانَ لِسُرْعَةِ فَنَائِهَا وَبَقَاءِ الْأَعْيَانِ، **وَقَدْ عُرِفَتْ هَذِهِ الْمَآخِذُ فِي: «الْمُخْتَلَفِ»**، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا، بَلْ تَتَقَوَّمُ ضَرُورَةً عِنْدَ وُرُودِ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوجَدْ الْعَقْدُ، **إِلَّا أَنَّ مَا انتَقَصَ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ** لِاسْتِهْلَاكِهِ بَعْضَ أَجْزَاءِ الْعَيْنِ.

غاية البيان

قولُه: (وَقَدْ عُرِفَتْ هَذِهِ الْمَآخِذَ فِي «الْمُخْتَلَفِ»)، أي: في «**مُختلف الفقيه أبي الليث** رحمه الله»[1].

أراد بالمآخِذِ: العِلَلَ التي بها مَناطُ الحُكْمِ، وأراد بالمآخِذِ:

ما ذكَره أوَّلًا بقولِه: إنها حصلَتْ في مِلْكِ الغَاصِبِ.

وثانيها: أنها لا يتَحَقَّقُ غَصْبُها وإتلافُها لعدمِ بقائِها.

وثالثُها: أنها لا تُماثلُ الأعيانَ، والشرطُ في ضمانِ العُدوانِ: المُمَاثَلَةُ بالنصِّ لعدمِ بقائِها.

قولُه: (إِلَّا أَنَّ مَا انتَقَصَ بِاسْتِعْمَالِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ)، استثناءٌ منقطعٌ مِن قولِه: **(وَلَمْ يُوجَدِ الْعَقْدُ)**، يعني: لَمْ يوجَدِ العقدُ في الغَصْبِ، فلم تُضْمَنِ المَنَافِعُ، لكن الناقص بالاستعمال يُضْمَن.

والله أعلم.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٣٢١، ١٣٢٢].

فَصْــلٌ
فِي غَصْبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ

قَالَ: وَإِذَا أَتْلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ ضَمِنَه، وَإِنْ أَتْلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ؛ لَا يَضْمَنْ.

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي غَصْبِ مَا لَا يَتَقَوَّمُ

لَمَّا فرَغ عن بيانِ غَصْبِ ما يَتَقَوَّمُ ـ وهو الأصلُ ـ: شرَع في بيانِ غَصْبِ ما لا يَتَقَوَّمُ كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ في حقِّ المسلمِ، هل يَجِبُ به الضَّمَانُ أمْ لا؟

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَتْلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ ضَمِنَه، وَإِنْ أَتْلَفَهُمَا لِمُسْلِمٍ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وقال صَدْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ في «شرح الكافي»: «نَصْرَانِيٌّ غَصَبَ مِن نَصْرَانِيٍّ خمرًا، فهلكَتْ عندَه؛ يَضْمَنُ مثلَها، وكذلك لو استقرضَ ذِمِّيٌّ مِن ذِمِّيٍّ خمرًا؛ يَصِحُّ ويَجِبُ مثلُها، وكذلك لو باع ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خمرًا؛ يَجُوزُ البَيْعُ، وكذلك لو أتلفَ خنزيرًا على ذِمِّيٍّ ذِمِّيٌّ مثلُه؛ يَضْمَن قيمتَه، وكذلك لو باع ذِمِّيٌّ مِن ذِمِّيٍّ خنزيرًا؛ يَجُوزُ بَيْعُه، وكذلك لو غَصَبَ مسلمٌ مِن ذِمِّيٍّ خمرًا فهلكَتْ عندَه؛ إلا أنه يَضْمَنُ قيمَتَها، ولا يَضْمَنُ مثلها، ولو أتلفَ مسلمٌ على ذِمِّيٍّ خنزيرًا على قولِ أبي حَنِيفَةَ: لا يَضْمَنُ شيئًا، وعلى قولِ أبي يوسفَ ومحمد: يَضْمَن قيمته، وهذا كلُّه عندَنا؛ لأن عندَنا: الخَمْرَ [٣/٩٤ظ] والخِنْزِيرَ مالٌ مُتَقَوَّمٌ في حقِّ أهلِ الذِّمَّةِ».

وأمَّا عندَ الشَّافعيِّ: فلا ضمانَ في شيءٍ مِن ذلك، والبَيْعُ باطلٌ؛ لأنه ليس

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِلذِّمِّيِّ أَيْضًا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَتْلَفَهُمَا ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ أَوْ بَاعَهُمَا الذِّمِّيُّ مِنَ الذِّمِّيِّ. لَهُ أَنَّهُ سَقَطَ تُقَوُّمُهُمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ

غاية البيان

لهما تَقَوُّمٌ عندَه في حقِّ أهلِ الذِّمَّةِ كما في حقِّ المسلمين[1].

احتجَّ الشَّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَأَنِ [٨٥/٧ظ/م] ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، أي: بيْنَ أهلِ الذِّمَّةِ.

وَجْهُ الاستدلالِ: أن ممَّا أنزل اللهُ تعالى حرمةَ الخَمْرِ والخِنزِيرِ، فيَجِبُ الحُكْمُ عليهم بحُرْمَتِهما.

ولنا: أن الخَمْرَ والخِنْزِيرَ مُتقوَّمان في حقِّ أهلِ الذِّمَّةِ، فيَجِبُ الضَّمَانُ على مَنْ أتلَفَ[2] لهم، أَلَا ترى إلى ما ذكرَ أبو يوسفَ في كتابِ «الخَراج» تصنيفُه في فَصْلِ مَن تَجِبُ عليه الجزيةُ، وقال: «حَدَّثَنَا إِسْرَائِيلُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الأَعْلَى قَالَ: سَمِعْتُ سُوَيْدَ بْنَ غَفَلَةَ يَقُولُ: حَضَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَاجْتَمَعَ إِلَيْهِ عُمَّالُهُ فَقَالَ: يَا هَؤُلَاءِ، إِنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّكُمْ تَأْخُذُونَ فِي الْجِزْيَةِ الْمَيْتَةَ وَالْخِنْزِيرَ، فَقَال بِلَالٌ: أَجَلْ إِنَّهُمْ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، فَقَالَ عُمَرُ: فَلَا تفعلُوا؛ وَلَكِن وَلُّوا أَرْبَابَهَا بَيْعَهَا، ثُمَّ خُذُوا الثَّمَنَ مِنْهُم»[3].

وَجْهُ الاستدلالِ بذلك: أن عُمَرَ ﵁ أَذِنَ لهم في بَيْعِها، وسمَّى العقدَ عليها بيعًا[4]، وبدَلَها ثمنًا، والثمنُ لا يَجِبُ إلا في عَقْدٍ صحيحٍ، فدلَّ على التقَوُّمِ، وهذا لأن قضايا عُمَرَ ما كانت تَخْفَى على الصحابةِ ﵃، ولم يَثْبُتِ النكيرُ منهم على

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٢١/٧]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١١٦]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [١٨٩/٥].

(٢) وقع بالأصل: «ما أتلف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الخراج» [ص/١٣٩] بهذا السند به.

(٤) وقع بالأصل: «تبعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

فَكَذَا فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لَنَا فِي الْأَحْكَامِ فَلَا يَجِبُ بِإِتْلَافِهِمَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ وَهُوَ الضَّمَانُ. وَلَنَا: أَنَّ التَّقْوِيمَ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ، إِذْ الْخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا

ذلك، فحلَّ محلَّ الإجماعِ، ولأنهم أُقِرُّوا على إمساكِ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ والانتفاعِ بذلك، فكان الخَمْرُ لهم كالخَلِّ لنا، والخِنْزِيرُ لهم كالشاةِ لنا، فيَجِبُ الضَّمانُ على المُتْلِفِ مِن غيرِ إباحةِ المالكِ.

تحقيقُ ذلك: أن الخَمْرَ والخِنْزِيرَ كانا حلالَيْنِ في الأممِ الماضيةِ، وكذلك في حقِّ هذه الأُمَّةِ في ابتداءِ الإسلامِ، ثم ورَد الخِطَابُ بالحُرمةِ خاصًّا في حقِّ المسلمين، فكانا حرامًا عليهم، فبَقيا حلالًا عليهم، كنكاحِ المُشْركاتِ كان حلالًا في حقِّ الناسِ كافَّةً، ثم ورَد التحريمُ خاصًّا في حقِّ المسلمين، فبَقِيَ حلالًا في حقِّ الكفَّارِ، هكذا هنا.

أَلَا تَرىٰ إلىٰ خِطَابِ الله تعالىٰ المؤمنين في سورةِ المائدةِ بقولِه تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠]. والمؤمنُ هو الذي يُفْلِحُ إذا اجتنبَ الخَمْرَ. وقال تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣].

والجوابُ عن قولِه تعالىٰ: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩].

فنقولُ: المرادُ منه ما أنزل اللهُ تعالىٰ مطلقًا، لا ما أنزلَ اللهُ على المؤمنين خاصَّةً كنكاحِ المُشْركاتِ.

فإن قيل: رُوِيَ في حديثِ أبي هُرَيْرَةَ ﷺ: أن النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**إِنَّ اللهَ لَعَنَ الخَمْرَ وَحَرَّمَ ثَمَنَها، وَلَعَنَ الخِنْزِيرَ وَحَرَّمَ ثَمَنَهُ**»[1].

---

(١) لم نجده بهذا اللفظ والسياق، وقد مضى تخريج حديث ابن عُمَر ﷺ مرفوعًا: «لَعَنَ اللهُ الْخَمْرَ، وَشَارِبَهَا، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ».

وَالْخِنْزِيرُ كَالشَّاةِ. وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ وَالسَّيْفُ مَوْضُوعٌ فَتَعَذَّرَ الْإِلْزَامُ، وَإِذَا بَقِيَ التَّقَوُّمُ فَقَدْ وَجَدَ إِتْلَافَ مَالٍ مَمْلُوكٍ مُتَقَوِّمٍ فَيَضْمَنُهُ.

غاية البيان

قلنا: نحن نقولُ بمُوجِبِ ذلك، وهما حرامٌ علينا، ولكنَّهم أُقِرُّوا على ذلك، فكانا حلالًا لهم.

فإن قيل: الخَمْرُ نجسُ العينِ [٨٦/٧و/م]، فلَمْ يَكُنْ مالًا؛ لقولِه ﷺ: «حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا»[1]. فلا تُضْمَنُ بالإتلافِ.

قلنا: حرامٌ بعَيْنِها علينا لا عليهم؛ لأن الخِطَابَ في الآيةِ خاصٌّ.

[٩٥/٣و] أمَّا الخِنْزِيرُ والخَمْرُ إذا أتلفَهما إنسانٌ على مسلمٍ: لا يَضْمَنُ؛ لأن المسلمَ ممنوعٌ عن تمَلُّكِهما، وليسا بمالٍ في حقِّه، فلا يُضْمَنانِ له كالميتةِ والدَّمِ.

وأمَّا الخِنْزِيرُ إذا أتلفَه المسلمُ: فلا ضمانَ عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما، كذا ذكَر الخلافَ صَدْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرح الكافي».

لأن الخِنْزِيرَ مُتَقَوِّمٌ في حقِّهم كالخَمْرِ، فيَضْمَنُه كما يَضْمَنُ الخَمْرَ، إلَّا أن في الخَمْرِ وجبَتِ القِيمَةُ، وإن كانت مِن ذواتِ الأمثالِ؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ عن تمليكِ الخَمْرِ، فوجبَتِ القِيمَةُ كما في الخِنْزِيرِ؛ لأن المسلمَ يَمْلِكُ تمليكَ القِيمَةِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن قِيمَةَ الحيوانِ قائمةٌ مقامَ الحيوانِ، حتَّى إذا جاء بقيمَتِه بعدَ الإتلافِ؛ يُجْبَرُ على القبولِ، كما إذا جاء بالحيوانِ، فيَكُونُ أداءُ

= وكذا حديث هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَثَمَنَهَا، وَحَرَّمَ الْمَيْتَةَ وَثَمَنَهَا، وَحَرَّمَ الْخِنْزِيرَ وَثَمَنَهُ».

(١) أخرجه: العقيلي في «الضعفاء» [٣٢٤/٢]، و[١٢٣/٤]، من حديث عَلِيٍّ ﷺ بلفظ: «حَرَّمَ اللهُ الْخَمْرَ بِعَيْنِهَا، وَالْمُسْكِرَ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ».
قال الذهبي: «الخبر منكر». ينظر: «ميزان الاعتدال» للذهبي [٤٦٣/٢]، و«لسان الميزان» لابن حجر [٨٩/٥].

بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ، لِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا، إِلَّا أَنَّهُ

قِيمَةِ الخِنْزِيرِ كتسليمِ الخِنْزِيرِ، والمسلمُ لا يَمْلِكُ تسليمَ الخِنْزِيرِ، فلا يَمْلِكُ تسليمَ قيمَتِه أيضًا، بخلافِ قِيمَةِ الخَمْرِ؛ لأن القِيمَةَ ليست في معنى الخَمْرِ؛ لأن الخَمْرَ مِن جملةِ ذواتِ الأمثالِ، وقِيمَةُ مالِه مثلٌ ليست في معنى عَيْنِه شرعًا، فلا يَكُونُ أداءُ القِيمَةِ كتمليكِ الخَمْرِ.

وهذا الذي ذكرناه مِن عدمِ الضَّمَانِ في إتلافِ المسلمِ الخِنْزِيرَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ خلافُ ما ذكرَه القُدُورِيُّ في «مختصره»، وفي شرْحِه لـ«**مختصر الكَرْخِيِّ** ﷺ»، حيث قال في «شَرْحه»: «قال أصحابُنا ﷺ: إذا استهلكَ المسلمُ خمرًا على ذِمِّيٍّ؛ ضَمِن قيمتَها، وكذلك الخِنْزِيرُ»(١).

ولم يذْكُرِ الخلافَ فيه بينَ أصحابِنا، ولكن ما ذكرَه صَدْرُ الإسلامِ قياسُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ الذي مَرَّ في كتابِ النِّكَاحِ قُبَيْلَ بابِ نِكَاحِ الرقيقِ، فيما إذا تزَوَّج الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً على خمرٍ أو خِنْزِيرٍ ثم أسلَما، أوْ أسلَم أحدُهما قبلَ القبضِ؛ فلها(٢) الخَمْرُ والخِنْزِيرُ إذا كانا عينَيْنِ، وإنْ كانا دَيْنَيْنِ؛ فالجوابُ على التفصيلِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وفي الخَمْرِ: تَجِبُ القِيمَةُ، وفي الخِنْزِيرِ: مَهْرُ المِثْلِ؛ لأن تسليمَ قِيمَةِ الخَمْرِ ليس كتسليمِ عينِ الخَمْرِ؛ لأنَّ الخَمْرَ [من ذواتِ الأمثالِ، وتسليمُ قِيمَةِ الخِنْزِيرِ كتسليمِ عينِ الخِنْزِيرِ](٣)؛ لأن الحيوانَ ليس مِن ذواتِ الأمثالِ، والباقي يُعْلَمُ ثَمَّةَ، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (**بِخِلَافِ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ لَا يَدِينُ تَمَوُّلَهُمَا**)،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٩/ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «فله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ» ن و«فا٣».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

يَجِبُ قِيمَةُ الخَمْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ [٤٤٠ و] مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ بِكَوْنِهِ إِعْزَازًا لَهُ. ....

﴿ غاية البيان ﴾

يَحْصلُ بقولِه: (التَّقَوُّمُ بَاقٍ فِي حَقِّهِمْ).

يعني: أن تَقَوُّمَ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ باقٍ في حقِّ أهلِ الذِّمَّةِ، بخلافِ المَيْتَةِ والدَّمِ، فإنه لا تَقَوُّمَ لهما في حقِّهم أيضًا، فلا يَلْزَمُ الضَّمانُ بإتلافِهما، ولكن هذا في المَيْتَةِ التي ماتت حَتْفَ أنفِها؛ لأنَّ [٧/٤٨٦ و] ذبيحةَ المَجُوسِيِّ ومَخْنُوقَتَهُ ومَوْقُوذَتَهُ مالٌ يَجُوزُ بَيْعُها عندَ أبي يوسفَ ﷺ، خلافًا لمحمَّدٍ ﷺ، وقد عُرِفَ ذلك في «المُخْتلف»[1].

فعلىٰ قولِ أبي يوسفَ ﷺ: يَنْبَغِي أن يَجِبَ الضَّمانُ، أَلَا تَرىٰ إلىٰ ما قاله القُدُورِيُّ في كتابِ البيوعِ مِن «التقريب»: «وذبيحةُ المَجُوسِيِّ يَجُوزُ بَيْعُها مِن كافرٍ. وقال محمَّدٌ ﷺ [٣/٩٥ظ]: لا يَجُوزُ».

لنا: أنه مالٌ لهم أقرُّوا على الانتفاعِ به كالخَمْرِ.

ولمحمَّدٍ ﷺ: أن ذبائحَهم مَيْتَةٌ، فصار كما لو مات حَتْفَ أنفِه.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ)، أي: إنْ كان الخَمْرُ، وكان القياسُ أن يقولَ: إن كانتِ الخَمْرُ؛ لأن الخَمْرَ مؤنثةٌ، أَلَا تَرىٰ إلىٰ قولِ أبي الأسودِ الدُّؤَلِيِّ[2]:

دَعِ الخَمْـرَ يَشْـرَبْهَا الغُـوَاةُ فَـإِنَّنِي ❊ رَأَيْـتُ أَخَاهَـا مُغْنِيًـا لِمَكَانِهَـا

وقد ذكرناه قُبَيْلَ بابِ نِكَاحِ الرقيقِ، إلَا أنه[3] ذكَّرَ الضميرَ علىٰ تأويلِ الشَّرابِ.

---

(١) يُنظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٣٢٨ - ١٣٢٩].

(٢) البيت: مِن مختارات «الحماسة البصرية» لأبي الحسن البصري [٢/٧٤]، وهما مِن شواهد صاحب: «خزانة الأدب» [١/٣٣٠ - ٣٣١]، وجماعة سواه.

ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الخمر مؤنثة في لسان العرب.

(٣) أي: القُدُورِيُّ. كذا جاء في حاشية: «ن».

بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتِ الْمُبَايَعَةُ بَيْنَ الذِّمِّيِّينَ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا. وَهَذَا بِخِلَافِ الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنْ عُقُودِهِمْ، ....

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَتِ الْمُبَايَعَةُ بَيْنَ الذِّمِّيِّينَ)، مُتَّصِلٌ بقولِه: (لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِهِ).

يعني: أن المسلمَ لَمَّا كان ممنوعًا عن تمليكِ الخَمْرِ؛ وجَبَ عليه قِيمَةُ الخَمْرِ إذا أتلفها[1]، بخلافِ الذِّمِّيِّ إذا باعها مِن ذِمِّيٍّ، حيثُ يَجِبُ عليه تسليمُ عيْنِ الخَمْرِ؛ لأن الذِّمِّيَّ ليس بممنوعٍ عن تمليكِها وتَمَلُّكِها، وكذلك إذا أتلَف ذِمِّيٌّ خمرَ ذِمِّيٍّ؛ حيثُ يَجِبُ عليه مِثْلها.

قال القُدُورِيُّ ﷺ في شرحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»: «فيمَنْ أتلفَ صَلِيبًا على نَصْرَانِيٍّ ضَمِنَ[2] قيمتَه صَلِيبًا؛ لأنا أقرَرْناهم على هذا الصنيعِ، فصار كالخَمْرِ التي هم مُقَرُّونَ عليها.

وقد قال أصحابُنا ﷺ: إن الذِّمِّيَّ يُمْنَعُ مِن كلِّ شيءٍ يُمْنَعُ منه المسلمُ إلَّا شُرْبَ الخَمْرِ، وأكْلَ الخِنْزِيرِ؛ لأنَّا استثنيناه بالأمانِ، ولو غَنَّوْا وضرَبوا بالعِيدانِ؛ منعناهم مِن ذلك كلِّه، كما نمنعُ المسلمين؛ لأنه لم يُسْتَثْنَ بعَقْدِ الأمانِ[3]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحه».

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ الرِّبَا)، أي: هذا الذي ذكرناه مِن كونِ الذِّمِّيِّ غيرَ ممنوعٍ عن تمليكِ الخَمْرِ، بخلافِ الرِّبا، فإنه ممنوعٌ عنه؛ لأن الرِّبا مُسْتَثْنًى مِن عُقودِهم؛ لأنه لم يَرِدْ عليه عَقْدُ الأمانِ، ألَا تَرَىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ في سورةِ النساءِ: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [١٦١].

(١) وقع بالأصل: «بلغها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٢) وقع بالأصل: «وجَبَ ضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٩/ داماد].

وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ؛ لأَنَّا مَا ضَمِنَّا لَهُمْ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الاسْتِخْفَافِ بِالدِّينِ، وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ المَحَاجَّةِ ثَابِتَةٌ.

غاية البيان

وروى أصحابُنا رحمهم الله في كُتُبِهم: أن النَّبيَّ ﷺ كَتَب في عُهودِهم: «وَمَنْ أَرْبَىٰ؛ فَلَا عَهْدَ لَهُ»[1]. وقد مَرَّ ذلك في البيوعِ في المسائلِ المنثورةِ بعدَ السَّلَمِ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ يَكُونُ لِلذِّمِّيِّ)، عطفٌ علىٰ قولِه: (بِخِلَافِ الرِّبَا)، يعني: أن العبدَ الذِّمِّيَّ إذا ارتدَّ والعياذُ باللهِ تعالىٰ؛ لا نُقِرُّه علىٰ تموُّلِه وتملُّكِه، بل نأخذُه من أيديهم ونقتُلُه؛ لأنا ما ضمنَّا لهم تركَ التعرُّضِ إذا وُجِدَ ما يُوجِبُ إباحةَ الدَّمِ - إذ في تركِ التعرُّضِ لهم في ذلك يَلْزَمُ الاستحقاقُ بالدِّينِ - فلا يَجُوزُ، وإن كانت أمةً نَحْبِسُها ونَسْتَتِيبُها ونُعزِّرُها.

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ إِذَا كَانَ لِمَنْ يُبِيحُهُ)، يعني: أن متروكَ التسميةِ عمدًا يَمْنَعُ المبيحَ عنه كَالشَّافعيِّ [٨٧/٧و/م] وأصحابِه رحمهم الله، كما يُمنَعُ الذِّمِّيُّ عن الرِّبا، وإن كانوا يَعْتَقِدُون تَمَوُّلَ متروكِ التسميةِ عمدًا بظاهرِ الحديثِ، حتَّىٰ لا يَجِبَ الضَّمَانُ علىٰ مُتْلِفِه؛ لأن ولايةَ الحاجةِ في المنعِ عنه قائمةٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١].

تحقيقُه: أن الخَمْرَ والخِنْزِيرَ مالٌ في حقِّ الذِّمِّيِّ [في][2] اعتقادِنا واعتقادِهم؛ لأنهم قُرِّرُوا[3] علىٰ ذلك في عَقْدِ الأمانِ، ولا نتعرَّضُ [٩٦/٣و] لهم في ذلك، ولا نُحاجُّهم، فلا جَرَمَ يَجِبُ الضَّمَانُ علىٰ المُتْلِفِ، بخلافِ متروكِ التسميةِ عمدًا، فإنه ليس بمالٍ في اعتقادِنا، بل هو مَيْتَةٌ، وإنْ كان يُبِيحُهُ الشَّافعيُّ وأصحابُه رحمهم الله؛

---

(١) مضىٰ الكلام عليه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) وقع بالأصل: «قدروا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

قَالَ: وَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ؛ فَلِصَاحِبِ الْخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ بِغَيْرِ ثَمَنٍ، وَيَأْخُذَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ، وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ.

غاية البيان

لأنهم مَحْجُوجون بالحُجَّةِ القاطعةِ، وهي الآيةُ، فلا يَجِبُ الضَّمَانُ على المُتْلِفِ، ولم نلتَفِتْ إلى اعتقادِهم.

قولُه: (**قَالَ: وَإِنْ غَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ خَمْرًا فَخَلَّلَهَا، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ؛ فَلِصَاحِبِ الْخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ بِغَيْرِ ثَمَنٍ، وَيَأْخُذَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ، وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ**)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﵃: في الرَّجُلِ المسلمِ يَغْصِبُ المسلمَ الخَمْرَ أو جِلْدَ المَيْتَةِ، فيُخَلِّلُ الخَمْرَ، ويَدْبَغُ جِلْدَ المَيْتَةِ، قال: لصاحبِ الخَمْرِ أنْ يَأخُذَ الخَلَّ بغيرِ شيءٍ، وأمَّا جِلْدُ المَيْتَةِ، فله أنْ يَأخُذَه ويَرُدَّ على الغَاصِبِ ما زاد الدِّبَاغُ في الجِلْدِ، فإنْ كان الغَاصِبُ استهلَكَهُما جميعًا ضَمِنَ الخَلَّ، ولم يَضْمَنِ الجِلْدَ المَدْبُوغَ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﵄: يَضْمَنُ قِيمَةَ الجِلْدِ مدبوغًا، ويُعْطِيه صاحبُ الجِلْدِ ما زاد الدِّبَاغُ فيه بحِسابِ ذلك»[1]. إلى هنا لفْظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀ وغيرُه في «شرح الجامع الصغير»: قال مشايخُنا ﵏: أمَّا التخليلُ: فعلى ثلاثةِ أَوْجُهٍ: إمَّا أنْ يُخَلِّلَها بالنقلِ مِن الظلِّ إلى الشمسِ، ومِن الشمسِ إلى الظلِّ، أوْ بإلقاءِ المِلْحِ فيها، أوْ بصَبِّ الخَلِّ فيها، ففي الوجه الأول: الخَلّ لصاحبها ولا شيء عليه؛ لأن الخَمْر نجسُ العين كالبولِ، إلا أن نجاسَتَها قابلةٌ للزوالِ، بخلافِ البولِ، فصار التخليلُ بمنزلةِ الغُسلِ، فلا يُضافُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٨].

....

غاية البيان

إلى التقوُّمِ(١) والماليَّةِ، فلأجلِ ذلك صار صاحبُ الخَمْرِ أحقَّ بالخَلِّ.

وأمَّا إذا خَلَّلها بِمِلْحٍ ألقاه فيها ـ وهو الوجهُ الثاني ـ: قال فخرُ الإسلامِ ﵀ في «شرحه»: فعلى قياسِ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵄: يَأْخُذُه المالكُ ويُعْطِي الغَاصِبَ ما زاد الملحُ فيه، بمنزلةِ دِباغِ الجِلْدِ وصَبْغِ الثوبِ، وإنْ أراد تَرْكَه وتضمينَه؛ لم يَكُنْ له حقُّ التضمينِ في روايةٍ، وفي روايةٍ: له ذلك قياسًا على جِلْدِ المَيْتَةِ على ما يَجِيءُ بعدَ هذا.

وأمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀: فإنَّ ذلك [صار](٢) مِلْكًا [٣/٩٦ظ] للغَاصِبِ، ولا شيءَ عليه، وهكذا ذكَر فخرُ الإسلامِ ومَن وافقَه، ومِن مشايخِنا مَن جعَل الجوابَ في الملحِ على التفصيلِ، فإن كان يسيرًا لا قِيمَةَ له؛ فحُكْمُه حُكْمُ التخليلِ بغيرِ شيءٍ كالشمسِ، وإنْ ألقَى فيها مِلْحًا كثيرًا يَأْخُذُها المالكُ جميعًا، ويُعْطِي الغَاصِبَ ما زاد الملحُ فيه بمنزلةِ دَبْغِ الجِلْدِ وصَبْغِ الثوبِ. كذا ذكَرَ الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﵀ في «شرْحه».

وفي وَجْهٍ ثالثٍ: وهو ما إذا خَلَّلها بصَبِّ الخَلِّ فيها، رُوِيَ عن محمَّدٍ ﵀ أنه قال: إنْ صارَتْ خَلًّا مِن ساعَتِه، كان ذلك استهلاكًا، فيَصِيرُ مِلْكًا للمُسْتهلكِ، ولا شيءَ عليه، وأمَّا إذا صَبَّ فيها خَلًّا قليلًا؛ فلَمْ تَصِرْ خَلًّا إلا بعدَ زمانٍ، فهو بينَهُم على مقدارِ كَيْلِهِما؛ لأنه لم يَصِرِ استهلاكًا، بل صار في التقديرِ خَلْطُ الخَلِّ بالخَلِّ.

وعلى قياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀ [٣/٩٦ق/أ]: هي للغَاصِبِ، ولا شيءَ عليه في الوجهَيْنِ جميعًا؛ لأنَّ نَفْسَ الخلْطِ استهلاكٌ عندَه. كذا ذَكَر فخرُ الإسلامِ ﵀.

(١) وقع بالأصل: «إليه التقوم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

. . . .

ومِن المشايخِ مَن جعَل الخَلَّ اليَسِيرَ إذا صَبَّه فيها كالتشْمِيسِ[1]، فأمَّا إذا خَلَّلها بخَلٍّ كثيرٍ له قِيمَةٌ؛ يَنْقَطِعُ حقُّ المالكِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، كما لو خلَطه بخَلِّ المَغْصُوبِ منه، ولا يَضْمَنُ شيئًا؛ لأنه استهلَك خمرَ المسلمِ، وخمرُ المسلمِ لا يُضْمَنُ بالإتلافِ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ: يَشْتركانِ.

وقال شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ ﷺ: ظاهرُ الجوابِ أنْ يُقْسَمَ بينَهُما علىٰ قَدْرِ كَيْلِهما، سواءٌ صارتْ خَلًّا مِن ساعتِها، أوْ بعدَ حينٍ.

أمَّا عندَهما: فلا يُشْكِلُ، فكذلك عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأن عندَه الخلطُ مُوجِبٌ زوالَ مِلْكِ المالكِ بشَرْطِ الضَّمَانِ، والضَّمَانُ هَهُنا مُتَعَذِّرٌ؛ لأن خمرَ المُسلمِ لا يُضْمَنُ بالإتلافِ.

وقال كثيرٌ مِن المتأخِّرين ﷺ: هذا إذا حَمُضَتْ بعدَ حينٍ، أمَّا إذا حَمُضَتْ مِن ساعَتِها فهي للغَاصِبِ؛ لأنه غلَب عليها خَلُّه فاستهلَك خمرَ المسلمِ، وخمرُ المسلم لا يُضْمَنُ.

وذكَر في «المُنْتقىٰ»: رَجلٌ صَبَّ في خمرِ إنسانٍ خَلًّا، فصار كلُّها خَلًّا وهما نصفانِ، قال صاحبُ الخَمْرِ: يَأْخُذُ نصفَها خَلًّا. كذا ذكَر الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ.

قالوا في «شُروح[2] الجامع الصغير»: وجوابُ كتابِ **«الجامع الصغير»**[3] ـ وهو قولُه: «لصاحبِ الخَمْرِ أنْ يَأْخُذَ الخَلَّ بغيرِ شيءٍ» ـ محمولٌ علىٰ الوجهِ الأوَّلِ مِن وجوهِ التخليلِ، وهو التخليلُ بغيرِ شيءٍ.

---

(١) وقع بالأصل: «كالشمس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «شرح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٨].

. . . .

وقال بعضُ مشايخِنا: بل جوابُ «**الجامع الصغير**» على الإطلاقِ: يأخُذُ صاحبُ الخَمْرِ الخَلَّ بغيرِ شيءٍ في الوجوهِ الثلاثةِ؛ لأن المُلْقَى في الخَمْرِ صار مُسْتهلكًا، فأمَّا جِلْدُ المَيْتَةِ: فإنْ دبغَه بشيءٍ لا قِيمَةَ له؛ أَخَذَه صاحبُه ولا شيءَ عليه؛ لأنه ليس فيه مالٌ مُتقَوِّمٌ للغَاصِبِ، وهو بمنزلةِ غَسْلِ الثوبِ في الشَّرْعِ أيضًا، فصار إظهارًا للماليَّةِ والتقَوُّمِ؛ لأنه استحال مالًا [٧/٨٨ر/م] على حُكْمِ مِلْكِ المَغْصُوبِ منه مِن غيرِ زيادةٍ مِن جهةِ الغَاصِبِ فيه.

قال القُدُورِيُّ ﷺ **في شرحه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»**: «وهذا إذا أَخَذ المَيْتَةَ مِن منزِلِ صاحبِها فدبَغَ[1] جِلْدَها، فأمَّا إذا ألقَى صاحبُ المَيْتَةِ المَيْتَةَ في الطريقِ، فأَخَذ رَجُلٌ جِلْدَها فدَبَغه؛ فقد قالوا: إنه لا سبيلَ له على الجِلْدِ؛ لأن إلقاءَها إباحةٌ لأَخْذِها، فلا يَثْبُتُ له الرجوعُ كإلقاءِ النَّوَى، وإنْ دبغَه بشيءٍ مُتقَوِّمٍ، كَالعَفْصِ والقَرَظِ[2] وَالشَّثِّ[3]؛ أَخَذه صاحبُه وأعطاه ما زاد الدِّبَاغُ فيه؛ لأن دِبَاغَه لَمَّا كان بمنزلةِ إظهارِ الماليَّةِ؛ صار الدِّبَاغُ بمنزلةِ الذَّكَاةِ في حقِّ الزِّيَادَةِ، فنظَرْنا إلى قيمَتِه ذَكِيًّا غيرَ مَدْبُوغٍ، [و][4] إلى ما زاد عليه ـ وهو قيمتُه ذَكِيًّا مدبوغًا ـ فذلك الفضلُ قِيمَةُ ما زاد الدِّبَاغُ فيه»[5].

وجوابُ «الجامع الصغير»: محمولٌ على هذا الوجهِ، وهو الوجهُ الثاني، فإنْ أراد المالكُ أنْ يَتْرُكَ الجِلْدَ على الغَاصِبِ، ويُضَمِّنُه قِيمَةَ الجِلْدِ؛ ليس له ذلك؛

---

(١) وقع بالأصل: «فدفع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «والقرض». والمثبت من: «م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) القَرَظُ، والعَفْصُ، والشَّثُّ: أشجار يُسْتَخرج منها صَمْغٌ مشهور. وقد مضى التعريفُ بكل واحد منها بشيء من الإيضاح.

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٦/ داماد].

....

لأنه غصَبه ولا قِيمَةَ له، بخلافِ ما لو غَصَبَ ثوبًا فَصَبَغَه أحمرَ، فإن هناك لصاحبِ الثوبِ أنْ يُضَمِّنَه ويتركَ الثوبَ عليه؛ لأن الثوبَ قبْلَ الصَّبْغِ كان [مالًا][1] مُتَقَوِّمًا، ولا كذلك الجِلْدُ حتىٰ لو غصَبه جِلْدًا ذَكِيًّا غيرَ مَدْبُوغٍ [٣/٩٧و]؛ كان لصاحبِ الجِلْدِ أنْ يُضَمِّنَه.

قال الإمامُ فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله: «مِن المشايخِ مَن قال: هذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنه لَمَّا ترَكَه فقد عجزَ الغَاصِبُ عن رَدِّه، فصار كعَجْزِه بالاستهلاكِ.

فأمَّا علىٰ قولِهما: له أنْ يَتْرُكَ الجِلْدَ علىٰ الغَاصِبِ، ويُضَمِّنُه القِيمَةَ أيضًا.

ثم كيف يُضَمِّنُه؟ اختلفُوا فيه، قال بعضُ المشايخِ رحمهم الله: يُضَمِّنُه قيمةَ جِلْدٍ ذَكِيٍّ غيرِ مَدْبُوغٍ.

قال فخرُ الإسلامِ رحمه الله: وذلك مذكورٌ في بعضِ نُسَخِ «**المبسوط**» لِمَا ذَكَرْنا أنه مُلْحَقٌ بالذَّكِيِّ، وقال بعضُهم: يُضَمِّنُه قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ، ويُعْطيه ما زاد الدِّبَاغُ فيه كما في مسألةِ الاستهلاكِ.

فإنْ هلَك في يدِ الغَاصِبِ فلا ضمانَ عليه بالاتِّفاقِ؛ لأنه لم يَجِبْ عليه الضَّمَانُ بالهلاكِ؛ لأنه لم يَهْلِكْ بفِعْلِه، ولم يَكُنْ له جِنَايةٌ. كذا قال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله، فإنِ استهلَكَهُما[2] قال في «**الجامع الصغير**»: «يَضْمَنُ الخَلَّ، ولا يَضْمَنُ الجِلْدَ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: يَضْمَنُ قيمةَ الجِلْدِ مدبوغًا ويُعْطيهِ ما زاد الدِّبَاغُ فيه»[3].

أمَّا مسألةُ الخَلِّ: فالمرادُ منها الوجهُ الأوَّلُ مِن وجوهِ التخليلِ، وهو ما إذا

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) وقع بالأصل: «استهلكها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٨].

. . . .

خَلَّلها مِن غيرِ خَلْطٍ؛ لأنها استحالَتْ مالًا علىٰ مِلْكِ المَغْصُوبِ منه مِن غيرِ زيادةِ مالٍ مِن جهةِ الغَاصِبِ، فإذا استهلَكها الغَاصِبُ ضَمِن قيمتَها، كما لو [لم][1] يتقدَّمِ الغَصْبُ.

ثم لم يذْكُرْ محمَّدٌ ﷺ في «الجامع الصغير» ماذا يَضْمَنُ؟ قالوا في «شروح الجامع الصغير»: فالظاهرُ [٨٨/٧ظ/م] أنه يَضْمَنُ المِثْلَ؛ لأنه مِثْلِيٌّ إلا أن يَكُونَ مِن نوعٍ لا يُوجَدُ له مِثْلٌ في تلك المواضعِ، فتَجِبُ قيمتُه، ونصَّ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره» علىٰ وجوبِ المِثْلِ، فقال في رَجُلٍ مسلمٍ غَصَبَ رَجُلًا مسلمًا خمرًا، فجعلَها خَلًّا فاستهلَكها، قال: «عليه خَلٌّ مِثْلُه»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

فإنْ خَلَّلها بإلقاءِ شيءٍ فيها، ثم استهلَكها، فإن كان ذلك بعدَما صارتْ خَلًّا مِن ساعتِه، بأنْ كان المُلْقَىٰ فيها كثيرًا؛ فلا ضمانَ عليه؛ لأنه استهلَك مِلْكَ نفسِه أوَّلًا[3] بمنزلةِ الإراقةِ، وإن كان المُلْقَىٰ قليلًا حتىٰ صارتْ خَلًّا بعدَ مُضِيِّ الزمانِ؛ يَضْمَنُ مقدارَ كَيْلِ المالكِ مثلَه مِن الخَلِّ؛ لأنه أتلفَ مِلْكَه؛ لأن بهذا الخَلْطِ لم يَنْقَطِعْ حقُّ المالكِ. كذا ذكرَ الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ ﷺ.

وأمَّا إذا استهلَك جِلْدَ المَيْتَةِ، فإنْ كان دَبَغَه بما لا قِيمَةَ له؛ ضَمِن قيمتَه بالاتِّفاقِ، فقيل: يَضْمَنُ قيمتَه مدبوغًا، وإليه ذهبَ فخرُ الإسلامِ ﷺ، وقيل: طاهرًا غيرَ مَدْبُوغٍ؛ لأنه أتلفَ مالًا مُتقوِّمًا خالصًا للمالكِ، بخلافِ ما إذا هلَك بعدَ الدِّبَاغِ بنفسِه، حيثُ لم يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لأنه لم يُوجَدْ منه الجِنَايَةُ؛ لأن الدِّبَاغَ ليس باستهلاكٍ، فلو وجَبَ الضَّمَانُ وجَبَ بِالغَصْبِ، ولا قِيمَةَ له عندَ الغَصْبِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٦/ داماد].

(٣) وقع بالأصل: «أو لأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

. . . .

وإنْ دبَغَه بشيءٍ له قِيمَةٌ ثم استهلَكه؛ فلا ضمانَ عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وهذا هو المرادُ مِن جوابِ «**الجامع الصغير**»: «وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: يَضْمَنُ قيمتَه مدبوغًا ويُعْطيه ما زاد الدِّبَاغُ»(١).

قال فخرُ الإسلامِ وغيرُه [٣/٩٧ظ] ﷺ في «**شروح الجامع الصغير**»: وقولُهما في الكتابِ: «يَضْمَنُ قِيمَةَ(٢) الجِلْدِ مدبوغًا، ويُعْطيه ما زاد الدِّبَاغُ فيه». إنما يَسْتَقِيمُ إذا كان الجنسُ مختلفًا، فأمَّا إذا كان الجنسُ واحدًا؛ فلا فائدةَ أنْ يَضْمَنَ الغَاصِبُ خمسةَ عشرَ درهمًا ويُعْطيه خمسةً، وإنما معنىٰ ذلك بيانُ قِيمَةِ مالِ المَغْصُوبِ منه؛ لأنه لم يَكُنْ ذَكِيًّا مُتَقَوِّمًا قبْلَ الدِّبَاغِ ليُعْتَبَرَ(٣) ذلك، فإذا عُرِفَتْ قيمتُه مدبوغًا، نُظِرَ إلىٰ قيمَتِه لو كان ذَكِيًّا غيرَ مَدْبُوغٍ، فيُطْرَحُ ذلك مِن الغَاصِبِ، ويُعْطَىٰ الباقي.

وَجْهُ قولِهما ﷺ: أن الجِلْدَ مالٌ مُتَقَوِّمٌ للمالكِ، فيَجبُ الضَّمَانُ علىٰ الغَاصِبِ بالإتلافِ، كما في الذَّكِيِّ إذا استهلَكه بعدَ الدِّبَاغِ؛ لأن الدِّبَاغَ بمنزلةِ الغَسْلِ، ولهذا إذا دبَغه بشيءٍ لا قِيمَةَ له، ثم أتلَفه يَضْمَنُ قيمتَه، وكذا إذا خلَّلَ الخَمْرَ ثم أتلَفه، ولأن الغَاصِبَ بِالدِّبَاغِ عملَ عمَلَيْنِ: ذكاةَ الجِلْدِ، والإنفاقَ عليه مِن مالِه، فلو أنه ذكَّىٰ الجِلْدَ، ولم يُنْفِقْ عليه، ثم استهلَكه؛ وجَبَ عليه قيمتُه، فإذا أنفقَ عليه المالَ؛ وجَبَ عليه أنْ يَغْرَمَ قيمتَه ويَأْخُذَ مقدارَ ما زاد الدِّبَاغُ فيه.

وَوجْهُ قولِ [٧/٨٩و/م] **أبي حَنِيفَةَ** ﷺ: أن ماليَّةَ الجِلْدِ وتَقَوُّمَه تابعٌ لِمَا زاد الدِّبَاغُ فيه؛ لأن ظهورَ الماليةِ مضافٌ إلىٰ الدِّباغِ، ولا تُضافُ ماليَّةُ الدِّبَاغِ إلىٰ الجِلْدِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٨].

(٢) وقع بالأصل: «وقيمة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) وقع بالأصل: «يعتبر». والمثبت من: «م».

وَالْمُرَادُ بِالْفَصْلِ الْأَوَّلِ إِذَا خَلَّلَهَا بِالنَّقْلِ مِنْ الشَّمْسِ إِلَى الظِّلِّ وَمِنْهُ إِلَى الشَّمْسِ، وَبِالْفَصْلِ الثَّانِي إِذَا دَبَغَهُ بِمَا لَهُ قِيمَةٌ كَالْقَرْظِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَالْفَرْقُ أَنَّ هَذَا التَّخْلِيلَ تَطْهِيرٌ لَهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ النَّجِسِ فَيَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ إِذْ لَا تَثْبُتُ الْمَالِيَّةُ بِهِ وَبِهَذَا الدِّبَاغِ اِتَّصَلَ بِالْجِلْدِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِلْغَاصِبِ كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ فَكَانَ بِمَنْزِلَتِهِ فَلِهَذَا يُأْخَذُ الْخَلُّ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيُأْخَذُ الْجِلْدُ وَيُعْطَى مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ. وَبَيَانُهُ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى قِيمَتِهِ ذَكِيًّا غَيْرَ مَدْبُوغٍ، وَإِلَى قِيمَتِهِ مَدْبُوغًا فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَحَقِّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ.

بوجْهٍ، فالأصلُ ليس بمضمونٍ عليه، فكذا التبعُ، ولهذا لو هلكَ في يدِه لا يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ، ولا كذلك الذَّكِيُّ، ولا يَلْزَمُ إذا دبَغه بما لا قِيمَةَ له؛ لأن المتبوعَ لم يوجَد؛ لأن الغَاصِبَ أفاد له مالًا بمالٍ أنفقَه عليه، وله حقُّ الحبسِ حتى يَصِلَ إليه ما أنفقَ، فصار بمنزلةِ المَبِيعِ في يدِ البَائِعِ، واتَّفَقُوا أن البَائِعَ إذا استهلَك المَبِيعَ لا يَضْمَنُ، ولكن يَسْقُطُ الثمنُ عن المُشْتَرِي، فكذلك هنا لا يَجِبُ الضَّمَانُ.

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِالْفَصْلِ الْأَوَّلِ).

يعني: أنَّ هنا فَصْلان[1]: فصْلُ تخليلِ ....

(١) كذا وقَع في النُّسَخ «فَصْلان» بالرفع، وحقُّه النصْب لكونه اسمَ «إنَّ» مؤخَّر، غير أن ذلك صحيح أيضا في العربية، وله وجهان:
الأول: نَصْبُه على أنه اسم «إنّ» ولكنه نُصِبَ بحركة مقدَّرة على الألف، على لغة بلحارث بن كعب وغيرهم، ممنْ يُلْزِمون المثنَّى والمُلْحَق به الألفَ في حالات الإعراب الثلاثة.
والثاني: رَفْعُه على أنه مبتدأ، وخبَرُه: «هنا»، والجملةُ مِن المبتدأ والخبر في محل رَفْع خبر «إنّ»، واسمُ «إنّ» في هذه الحالة: ضمير الشأن المحذوف، والتقدير: «إنه فَصْلان هنا..» ونحو هذا ما ذكروه في تخريج قوله ﷺ: «**إِنَّ مِنْ أَشَدِّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ الْمُصَوِّرُونَ**». ينظر: «شَوَاهِد التَّوضيح» لابن مالك [ص/٢٠٥]، و«تمهيد القواعد بشرح تسهيل الفوائد» لناظر الجيش [١٣٠٧/٣]. و«مغني اللبيب» لابن هشام [ص/٥٦].

قَالَ: وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا ضَمِنَ الخَلَّ وَلَمْ يَضْمَنِ الجِلْدَ عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ الجِلْدَ مَدْبُوغًا وَيُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيْهِ وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ. أَمَّا الْخَلُّ: فَلِأَنَّهُ لَمَّا بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِ مَالِكِهِ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ ضَمِنَهُ بِالْإِتْلَافِ، وَيَجِبُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الْخَلَّ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ. وَأَمَّا الْجِلْدُ فَلَهُمَا أَنَّهُ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِ الْمَالِكِ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَهُوَ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فَيَضْمَنُهُ مَدْبُوغًا بِالِاسْتِهْلَاكِ وَيُعْطِيهُ الْمَالِكُ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ثُمَّ اسْتَهْلَكَهُ يَضْمَنُهُ وَيُعْطِيهِ الْمَالِكُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ، فَإِذَا فَوَّتَهُ

غاية البيان

الخَمْرِ[1]، وفصْلُ دِبَاغةِ الجِلْدِ، والمرادُ بالجوابِ الفصلُ الأوَّلُ في «الجامع الصغير»، وهو قولُه: (فَلِصَاحِبِ الْخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَلَّ بِغَيْرِ ثَمَنٍ). هو التخليلُ بدونِ إلقاءِ شيءٍ فيه.

والمرادُ بجوابِ الفصلِ الثاني: وهو قولُه: (وَيَأْخُذَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ، وَيَرُدَّ عَلَيْهِ مَا زَادَهُ الدِّبَاغُ). ما إذا دبَغه بما له قِيمَةٌ، كَالقَرَظِ ونحوِ ذلك، كَالعَفْصِ، والشَّبِّ، والعُصْفُرِ.

قال ابنُ دُرَيْدٍ في «الجمهرة»: «القَرَظُ: هو الشجرُ المعروفُ الذي يُدْبَغُ به، والقَارِظَانِ اللذان يُتَمَثَّلُ بهما فيقال: حتىٰ يؤُوبَ القَارِظَانِ، قال الشَّاعرُ[2]:

وحَتَّىٰ يَؤُوبَ القَارِظَانِ كِلاهُمَا ✦ وَيُحْشَرَ فِي القَتْلَىٰ كُلَيْبٌ لِوائِلِ

أحدُهما: يَقْدُمَ بنُ عَنَزَةَ، والآخرُ: فلانُ بنُ هُمَيْمِ بنِ يَقْدُمَ بنِ عَنَزَةَ خرجا

---

(١) وقع بالأصل: «الخبر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) البيتُ لأبي ذُؤَيْب الهُذَلِيّ، وما قبل البيت:

قُلْ فَتِلْكَ الَّتِي لَا يَبْرَحُ القَلْبَ حُبُّهَا ✦ وَلَا ذِكْرُهَا مَا أَرْزَمَتْ أُمُّ حَائِلِ

وأَرْزَمَتْ: حَنَّتْ. والحائل: ولدها يقال لولد الناقة أول ما تضع، إنْ كان أنثى: حائل، وإنْ كان ذكرًا: سَقْب. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م». وينظر: «ديوان الهُذليين» [١٤٥/١].

عَلَيْهِ خَلَفُهُ قِيمَتُهُ كَمَا فِي الْمُسْتَعَارِ. وَبِهَذَا فَارَقَ الْهَلَاكُ بِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُمَا: يُعْطِي مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ، مَحْمُولٌ عَلَى اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، أَمَّا عِنْدَ اتِّحَادِهِ فَيُطْرَحُ عَنْهُ ذَلِكَ الْقَدْرَ وَيُؤْخَذُ [١٥٦/د] مِنْهُ الْبَاقِي لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ.

وَلَهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ حَصَلَ بِصُنْعِ الْغَاصِبِ وَصَنْعَتِهِ مُتَقَوِّمَةٌ لِاسْتِعْمَالِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا فِيهِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ فَكَانَ حَقًّا لَهُ وَالْجِلْدِ تَبَعٌ لَهَا فِي حَقِّ التَّقَوُّمِ، ثُمَّ الْأَصْلُ وَهُوَ الصَّنْعَةُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّابِعُ، كَمَا إِذَا هَلَكَ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، بِخِلَافِ وُجُوبِ الرَّدِّ حَالَ قِيَامِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتْبَعُ الْمِلْكَ، وَالْجِلْدُ غَيْرُ تَابِعٍ لِلصَّنْعَةِ فِي حَقِّ الْمِلْكِ لِثُبُوتِهِ قَبْلَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ الذَّكِيِّ وَالثَّوْبِ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ فِيهِمَا كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الدَّبْغِ وَالصَّبْغِ فَلَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِلصَّنْعَةِ.

وَلَوْ كَانَ قَائِمًا فَأَرَادَ الْمَالِكُ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى الْغَاصِبِ فِي هَذَا الْوَجْهِ وَيُضَمِّنُهُ قِيمَتَهُ قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْجِلْدَ لَا قِيمَةَ لَهُ، بِخِلَافِ صَبْغِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ لَهُ قِيمَةً.

غاية البيان

يَجْتَنِيَانِ القَرَظَ، فلم يَرْجِعا، فضُرِبَ بهما المَثَلُ، وأَدِيمٌ مَقْرُوظٌ: إذا دُبِغَ بالقَرَظِ»[١].

قولُه: (كَمَا فِي الْمُسْتَعَارِ)، يعني: أن المُسْتَعَارَ واجبُ الرَّدِّ، فإذا فَوَّتَ المُسْتَعِيرُ الرَّدَّ باستهلاكِه؛ تجبُ عليه القِيمَةُ، فإذا فات فلا، فكذا هنا الجِلْدُ واجبُ الرَّدِّ، فإذا فَوَّته؛ وجَبَ عليه قيمتُه، وإذا هلَك فلا.

قولُه: (فِي هَذَا الْوَجْهِ)، أي: في الوجهِ الذي دبَغه بشيءٍ مُتَقَوِّمٍ.

قولُه: (قِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ)، أي: مطلقًا بلا خلافٍ.

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٧٦٣/٢].

وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ؛ عَجَزَ الْغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ، فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ، وَهُوَ عَلَىٰ هَذَا الخِلَافِ عَلَىٰ مَا بَيْنَاهُ.

ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ وَيُعْطِيهِ مَا زَادَ الدِّبَاغُ فِيهِ كَمَا فِي الِاسْتِهْلَاكِ. وَقِيلَ: قِيمَةُ جِلْدٍ ذَكِيٍّ غَيْرِ مَدْبُوغٍ، وَلَوْ دَبَغَهُ بِمَا لَا قِيمَةَ لَهُ كَالتُّرَابِ وَالشَّمْسِ فَهُوَ لِمَالِكِهِ بِلَا شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ غَسْلِ الثَّوْبِ. وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الْغَاصِبُ

غاية البيان

قولُه [٣/٩٨و]: (وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وبيانُ القِيلَيْنِ مَرَّ قبْلَ هذا.

قولُه: (لِأَنَّهُ إِذَا تَرَكَهُ عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ؛ عَجَزَ الْغَاصِبُ عَنْ رَدِّهِ، فَصَارَ كَالِاسْتِهْلَاكِ)، دليلٌ لقولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ وقولهما جميعًا.

يعني: لَمَّا صار كالاستهلاكِ؛ لم يَكُنْ للمالكِ تَرْكُ الجِلْدِ والتضمينُ كما في استهلاكِ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ بما له قِيمَةٌ.

وعندَهما: كان له التضمينُ كما في الاستهلاكِ، وهذا معنىٰ قولِه: (وَهُوَ عَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ)، أي: الاستهلاكُ علىٰ هذا الخلافِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ مِن الدلائلِ لأبي حَنِيفَةَ وصاحِبَيْه ﷺ في استهلاكِ الجِلْدِ [٧/٨٩ظ/م] قُبَيْلَ هذا.

قولُه: (ثُمَّ قِيلَ: يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ)، يعني: لَمَّا كان عندَهما للمالكِ ولايةُ التضمينِ، اختلف المشايخُ ﷺ علىٰ قولِهما.

قال بعضُهم: يُضَمِّنه قِيمَةَ جِلْدٍ مَدْبُوغٍ.

وقال بعضُهم: يُضَمِّنُه قِيمَةَ جِلْدٍ طاهرٍ غيرِ مَدْبُوغٍ.

قولُه: (وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الْغَاصِبُ)، أي: استهلَكَ الجِلْدَ الذي دبَغه بشيءٍ لا

يَضْمَنُ قِيمَتَهُ مَدْبُوغًا. وَقِيلَ: طَاهِرًا غَيْرَ مَدْبُوغٍ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الدِّبَاغَةِ هُوَ الَّذِي حَصَّلَهُ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَجْهُ الْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ أَنَّ صِفَةَ الدِّبَاغَةِ تَابِعَةٌ لِلْجِلْدِ فَلَا تُفْرَدُ عَنْهُ، وَإِذَا صَارَ الْأَصْلُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَكَذَا صِفَتُهُ، **وَلَوْ خَلَّلَ الْخَمْرَ بِإِلْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ قَالُوا: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.** وَعِنْدَهُمَا: أَخَذَهُ الْمَالِكُ وَأَعْطَى مَا زَادَ الْمِلْحُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَبْغِ الْجِلْدِ، وَمَعْنَاهُ هُنَا أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ وَزْنِ الْمِلْحِ مِنَ الْخَلِّ، وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ تَرْكَهُ عَلَيْهِ وَتَضْمِينَهُ **فَهُوَ عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ فِي دَبْغِ الْجِلْدِ وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ لَا يَضْمَنُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**؛ خِلَافًا لَهُمَا كَمَا فِي دَبْغِ الْجِلْدِ، وَلَوْ خَلَّلَهَا بِإِلْقَاءِ الْخَلِّ، فَعَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّهُ إِنْ صَارَ خَلًّا مِنْ [١٥٦/ظ] سَاعَتِهِ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِنْ لَمْ يَصِرْ خَلًّا إِلَّا بَعْدَ زَمَانٍ بِأَنْ كَانَ الْمُلْقَى فِيهِ خَلًّا قَلِيلًا

غاية البيان

قِيمَةَ له؛ يَضْمَنُ قيمتَهُ بالاتِّفاقِ، ولكن اختلَفَ المشايخُ ﷺ فيه، قال بعضُهم: يَضْمَنُ قيمتَه مدبوغًا، وقال بعضُهم: قيمتُه طاهرًا غيرَ مَدْبُوغٍ.

قولُه: (وَجْهُ الْأَوَّلِ)، أي: وَجْهُ ضمانِ [قِيمَةِ][1] الجِلْدِ مدبوغًا.

قولُه: (**وَلَوْ خَلَّلَ الْخَمْرَ بِإِلْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ قَالُوا: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: صَارَ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**)، وذاك لأنه استهلاكٌ، وتمامُ البيانِ فيه مَرَّ في الوجهِ الثاني مِن وجوهِ التخليلِ.

قولُه: (عَلَى مَا قِيلَ وَقِيلَ فِي دَبْغِ الْجِلْدِ)، أي: على القولَيْنِ المذكورَيْنِ فيه، يعني: قيل: ليس له ذلك بالاتِّفاقِ، وقيل: ليس له ذلك عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

قولُه: (وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ لَا يَضْمَنُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أي: لو استهلَكَ الخَلَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ كَيْلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ خَلْطُ الْخَلِّ بِالْخَلِّ فِي التَّقْدِيرِ وَهُوَ عَلَىٰ أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْخَلْطِ اِسْتِهْلَاكٌ عِنْدَهُ، وَلَا ضَمَانَ فِي الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ نَفْسِهِ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لما بَيَّنَّا، وَيَضْمَنُ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ. وَبَعْضُ الْمَشَايِخِ أَجْرَوْا جَوَابَ الْكِتَابِ عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الخَلَّ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْمُلْقَىٰ

غاية البيان

الذي جعلَه خَلًّا بإلقاءِ الملْح فيه.

قولُه: (وَهُوَ عَلَىٰ أَصْلِهِ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ)، أي: خَلْطُ الخَلِّ بالخَلِّ خَلْطُ الجنسِ بالجنسِ، وخَلْطُ الجنسِ بالجنسِ على أصْلِ محمَّدٍ ﷺ: ليس باستهلاكٍ، وقد مَرَّ ذلك في أوَّلِ كتابِ الوَدِيعَةِ.

قولُه: (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: هُوَ لِلْغَاصِبِ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، أي: الخَلُّ للغَاصِبِ فيما إذا صارَتْ خَلًّا مِن ساعتِه أوْ بعدَ زمانٍ؛ لأن نَفْسَ الخَلْطِ استهلاكٌ عندَه، ولا ضمانَ في استهلاكٍ؛ أي: في استهلاكِ الخَمْرِ بخَلْطِ الخَلِّ؛ لأنَّ خمرَ المسلمِ لا يُضْمَنُ، وإنما قلنا: إنَّ نَفْسَ الخَلْطِ استهلاكٌ؛ لأنه لا يُمْكِنُ الوصولُ إلىٰ عينِ حقِّه، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا صار خَلًّا مِن ساعتِه.

قولُه: (فِي الْوَجْهِ الثَّانِي)، وهو ما إذا صارَتْ خَلًّا بعدَ زمانٍ.

قولُه: (جَوَابُ الْكِتَابِ)، أي: كتابُ «**الجامع الصغير**».

قولُه: (فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا)، أي: في الوجوهِ الثلاثةِ، وهي التخليلُ بغيرِ شيءٍ،

بِهِ يَصِيرُ مُسْتَهْلَكًا فِي الخَمْرِ فَلَمْ يَبْقَ مُتَقَوَّمًا وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ الْمَشَايِخِ ﷺ، وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى».

وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطًا، أَوْ طَبْلًا، أَوْ مِزْمَارًا، أَوْ دُفًّا أَوْ أَهْرَاقَ لَهُ سَكَرًا أَوْ مُنَصَّفًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَبَيْعُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ جَائِزٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

والتخليلُ بإلقاءِ الملحِ، والتخليلُ بصَبِّ الخَلِّ فيها.

قولُه: (وَقَدْ كَثُرَتْ فِيهِ أَقْوَالُ الْمَشَايِخِ ﷺ، وَقَدْ أَثْبَتْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى»)، يُعْلَمُ أقوالُهم بما ذَكَرْنا قبْلَ هذا إنْ شاء اللهُ تعالى.

قولُه: (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسْلِمٍ بَرْبَطًا[1]، أَوْ طَبْلًا، أَوْ مِزْمَارًا [٣/٩٨ظ]، أَوْ دُفًّا...)، إلى آخره، أي: قال في «الجامع الصغير».

صورتُها فيه في بابِ الضَّمانِ: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ المسلمِ يَكْسِرُ للرَّجُلِ المسلمِ بَرْبَطًا، أوْ طَبْلًا، أوْ مِزْمَارًا، أوْ دُفًّا. قال: هو ضامنٌ، وقال: بَيْعُ ذلك كلِّه جائزٌ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: ليس في شيءٍ من ذلك ضمانٌ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه.

وقال محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ [المُسلمِ][2] يُهْرِيقُ المُنَصَّفَ[3] للمسلمِ، أوْ يُهْرِيقُ السَّكَرَ[4]. قال: هو [٧/٩٠و/م] ضامنٌ، وقال: بَيْعُه جائزٌ، وقال محمدٌ ويعقوبُ ﷺ: ليس في شيءٍ مِن ذلك ضمانٌ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه»[5]. إلى

(١) البَرْبَط: مَلْهاة تُشْبِه العُود، وهو فارسي معرب. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١/١١٢/ مادة: بربط].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٣) المُنَصَّفُ: هو المطبوخ مِن عصير العنب حتى ذهَب نِصْفُه، وبقِيَ نِصْفُه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) السَّكَرُ - بفتحتَيْن -: هو نَقِيع التَّمر إذا غَلا ولَمْ يُطْبَخ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٨٠].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵏: لَا يَضْمَنُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا.

هنا لفظُ محمَّدٍ ﵀ في أصْلِ «**الجامع الصغير**».

وهنا فَصْلان: فصْلُ الكسْرِ، وفصْلُ الإراقةِ.

أمَّا مسائلُ الكسْرِ: فهي مسائلُ كتابِ «**الجامع الصغير**»، وإنما ذكر في كتابِ المناسكِ مسألةَ البَرْبَطِ لا غيرَ. كذا ذكَر الإمامُ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀.

وقال القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»: «قال أبو حَنِيفَةَ ﵁: إذا كسَر رَجلٌ على رَجُلٍ بَرْبَطًا أوْ طَبْلًا؛ ضَمِن قيمتَه خشَبًا مَنْحوتًا.

وقال في «المُنْتقىٰ»: عن أبي حَنِيفَةَ ﵁: يَضْمَنُ قيمتَه خشَبًا مُخَلَّعًا، إنما الذي يَحْرُمُ منه التأليفُ، وقالا: لا ضمانَ عليه»(١). إلىٰ هنا لفْظُ القُدُورِيِّ ﵀.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ ﵀: «كانوا يقُولون: إن معنىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: أنه يَضْمَنُ قيمتَه أن لوِ اشْتُرِيَ لشيءٍ آخرَ سوىٰ اللهوِ، فيُنْظَرُ لو أن إنسانًا أراد أنْ يَشْتَرِيَه ليجعلَه وعاءً للملحِ، أوْ غيرَ ذلك، بكم يُشْتَرَىٰ؟ فيَضْمَنُ قيمتَه بذلك المقدارِ».

وقال الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﵀: «علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: يَضْمَنُ قيمتَها صالحةً لغيرِ المعصيةِ، ففي الدُّفِّ يَضْمَنُ قيمتَهُ دُفًّا، يُوضَع القُطْنُ فيه، وفي البَرْبَطِ يَضْمَنُ قيمتَه قَصْعةً يُجْعَلُ فيها الثَّرِيدُ ونحوُ ذلك».

وقال الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ ﵀ في «شرح الجامع الصغير»: «ولو كان طَبْلُ الحاجِّ، أوْ طَبْلُ الصيدِ، أو دُفٌّ يَلْعَبُ به الصَّبِيَّةُ في البيتِ؛ يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ».

وَجْهُ قولِهما ـ وهو الاستحسانُ ـ: أن هذه الأشياءَ أُعِدَّتْ للمعصيةِ حتَّىٰ صارتْ لا تُسْتَعْمَلُ لغيرِ ذلك عادةً، فصار غيرُه كالمعدومِ، وكان فِعْلُ الإتلافِ(٢)

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٠].

(٢) وقع بالأصل: «الإتيان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَقِيلَ: الِاخْتِلَافُ فِي الدُّفِّ وَالطَّبْلِ الَّذِي يُضْرَبُ لِلَّهْوِ. فَأَمَّا طَبْلُ الْغُزَاةِ وَالدُّفُّ الَّذِي يُبَاحُ ضَرْبُهُ فِي الْعُرْسِ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ.

غاية البيان

نَهْيًا عن المُنْكرِ، فلم يتعلَّقْ به الضَّمَانُ؛ لأنه بإذْنِ الشَّرْعِ كإراقةِ الخَمْرِ وكالتعزيرِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ـ وهو القياسُ ـ: أن هذه الأشياءَ أموالٌ مُتَقَوِّمَةٌ؛ لأن أعيانَها ليس بمُحَرَّمةٍ؛ لأنها تصْلُحُ للانتفاعِ بها لغيرِ اللَّهوِ والمعصيةِ، ولكنها أُعِدَّتْ للهوِ معَ صلاحِيَّتِها لغيرِه، فلم تُنافِ الضَّمَانَ، كالأَمَةِ المُغَنِّيَةِ، والحَمَامةِ الطَّيَّارةِ، بخلافِ الخَمْرِ فإنها حرامٌ لعَيْنِها شرعًا، فلم يَصِحَّ قياسُهما عليها، ولَمَّا كانت أموالًا في القياسِ صحَّ بَيْعُها.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرح الجامع الصغير»**: «رُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه حكَىٰ عن شُرَيْحٍ: أن رَجُلَيْنِ اختصَما إليه في طُنْبُورٍ، فلم يَلْتَفِتْ إليهما حتىٰ قاما مِن عندِه[1].

[٣/٩٩و] **وقال أبو يوسفَ** رحمه الله: لو كنتُ أنا: فإنْ كان خصومتُهما في ذلك الشيءِ، وهو في يدِ أحدِهما، أو في أيديهما؛ كَسَرْتُه، وعَزَّرْتُهما، ولو كانت خصومَتُهما بأنَّ أحدَهما كسَرَه والآخرَ يَطْلُبُ الضَّمَانَ؛ جزيْتُ الذي كسَرَه أجْرًا، وعزَّرْتُ الآخرَ.

ورُوِيَ [٧/٩٠ظ/م] عن عبدِ اللهِ بنِ عُمَرَ رضي الله عنهما: أنه رأىٰ في يدِ بعضِ الناسِ شيئًا مِن المعازفِ، فكسَرَه علىٰ رأسِه».

ثم قال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله: وهذا الذي حُكِيَ أن أبا يوسفَ ومحمدًا رحمهما الله قالا: إنه لا ضمانَ عليه في الدُّفِّ والطَّبْلِ إذا كان للهوِ، وأمَّا إذا كان الطَّبْلُ للغُزَاةِ،

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٣٢٢٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/١٠١]، من طريق أَبِي حَصِينٍ: «أَنَّ رَجُلًا كَسَرَ طُنْبُورًا لِرَجُلٍ، فَرَفَعَهُ إِلَىٰ شُرَيْحٍ، فَلَمْ يُضَمِّنْهُ». لفظ البيهقي.

وَقِيلَ: الْفَتْوَىٰ فِي الضَّمَانِ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا. وَالسُّكْرُ اِسْمٌ لِلنِّيْءِ مِنْ مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا اِشْتَدَّ. وَالمَنْصَفُ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ. وَفِي الْمَطْبُوخِ أَدْنَىٰ طَبْخَةً وَهُوَ الْبَاذِقُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ رِوَايَتَانِ فِي التَّضْمِينِ وَالْبَيْعِ. لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ

غاية البيان

أو الصيَّادِين؛ يَنْبَغِي أَنْ يُضْمَنَ، وكذلك الدُّفُ إذا لم يَكُنْ للهوِ يَنْبَغِي أَنْ يُضْمَنَ، إذا كان مثلُ ذلك يَجُوزُ ضَرْبُه في العُرْسِ».

وأمَّا الفصلُ الثاني ـ وهو فصْلُ الإراقةِ ـ: فوَجْهُ قولِهما: ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا»(١).

بيانُه: أن حُرْمَةَ الشرْبِ تُسْقِطُ التقَوُّمَ كما في الخَمْرِ، ولأنه لو جاز بَيْعُه أَدَّىٰ إلىٰ إظهارِ الفسادِ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن أعيانَ هذه الأشياءَ مُنتَفعٌ بها قليلُها وكثيرُها، وقد اختلفَتِ الأخبارُ في حِلِّها، فرُوِيَ عن ابنِ عبَّاسٍ ﷺ: أن النَّبِيَّ ﷺ قال: «حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ»(٢). ورُوِيَ في ذلك أحاديثُ تُوجِبُ التحريمِ، فقلنا بالتحريمِ احتياطًا، ومِن الاحتياطِ أَلَّا تسْقُطَ ماليَّتُها، ولا يَحْرُمُ بَيْعُها. كذا قال الإمامُ فخرُ الإسلامِ ﷺ.

ولأنَّ العلماءَ ﷺ اختلفُوا في حُرْمَتِها لاختلافِ الآثارِ.

فعلىٰ قولِ بِشْرٍ ومَن تابعه: يَحِلُّ شُرْبُها، فأَخَذْنا بالاحتياطِ، فقلنا: إنه لا

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) لم نجده عن ابن عباس مرفوعًا، وقد ورَد عنه موقوفًا مِن قوله.
أمَّا المرفوع: فقد أخرجه: العقيلي في «الضعفاء» [٢/٣٢٤]، و[٤/١٢٣]، من حديث عَلِيٍّ ﷺ بلفظ: «حَرَّمَ اللهُ الْخَمْرَ بِعَيْنِهَا، وَالْمُسْكِرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ».
قال الذهبي: «الخبر منكر». ينظر: «ميزان الاعتدال» للذهبي [٢/٤٦٣]، و«لسان الميزان» لابن حجر [٥/٨٩].

الْأَشْيَاءَ أُعِدَّتْ لِلْمَعْصِيَةِ فَبَطَلَ تَقَوُّمُهَا كَالْخَمْرِ، وَلِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ آمِرًا بِالْمَعْرُوفِ وَهُوَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا إذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ.

يَحِلُّ شُرْبُها، أمَّا التقَوُّمُ والماليَّةُ: كان ثابتًا، فلا يَزُولُ بالشكِّ.

أو نَقُولُ: إنَّ حُرْمةَ هذه الأشياءِ عُرِفَتْ بالرأيِ والاجتهادِ، وبأخبارِ الآحادِ، فقصُرَتْ حُرْمَتُه عن حُرْمةِ الخَمْرِ، فلأَجْلِ الحُرمةِ حرَّمْنا الشُّرْبَ، ولقصورِ الحُرمةِ جَوَّزنا البَيْعَ، وقد يَجُوزُ بَيْعُ الشيءِ، ولا يَجُوزُ أكْلُه [وشُرْبُه][1]، أَلَا تَرىٰ أن الفأرةَ إذا وقعَتْ في زيتٍ وماتت فيه؛ يَجُوزُ بَيْعُه، ولا يَجُوزُ أكْلُه وشُرْبُه، ويَجُوزُ بَيْعُ السِّرْقِينِ[2]، ولا يَجُوزُ أكْلُه.

والحديثُ الذي احتجَّا به واردٌ في الخَمْرِ لا في غيرِها، وبه صَرَّح في كتابِ «الآثار»[3]، وهذه الأشياءُ ليست بخمرٍ.

قال أصحابُنا ﷺ: المُنَصَّفُ هو الذي ذهَب نِصْفُه بالطبخِ.

والسَّكَرُ ـ بفتحتَيْنِ ـ: هو النَّيِّءُ مِن ماءِ الرُّطَبِ، والبَاذَقُ: هو المطبوخُ أدنىٰ طَبْخةٍ.

فعنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في بيعِ ذلك، وضمانِ الإتلافِ فيه روايتان. كذا قال فخرُ الإسلامِ وغيرُه ﷺ.

قولُه: (**فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا إذَا فَعَلَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ**)، أي: إذا كسَر الدُّفَّ والطَّبْلَ الذي للهوِ بإذْنِ الإمامِ؛ لا يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ ﷺ في [آخر][4] كتابِ السيرِ من «فتاواه»: «رَجُلٌ له خمرٌ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

(٢) السِّرْقِينُ: هو الزِّبْل، ويُقال له أيضًا: السِّرْجين، بالجيم. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/٦٣٧/ طبعة دار النوادر].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«فا٣».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهَا أَمْوَالٌ لِصَلَاحِيَّتِهَا لِمَا يَحِلُّ مِنْ وُجُوهِ الِانْتِفَاعِ وَإِنْ صَلُحَتْ لِمَا لَا يَحِلُّ فَصَارَ كَالْأَمَةِ الْمُغَنِّيَةِ. وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ بِفِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ، وَجَوَازُ الْبَيْعِ وَالتَّضْمِينِ مُرَتَّبَانِ عَلَى الْمَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ بِالْيَدِ إِلَى الْأُمَرَاءِ لِقُدْرَتِهِمْ وَبِاللِّسَانِ إِلَى غَيْرِهِمْ، وَتَجِبُ

غاية البيان

فَشَقَّ رَجُلٌ زِقَّهُ، وأهراقَ الخَمْرَ على سبيلِ الحِسْبةِ؛ لا يَضْمَنُ الخَمْرَ، ويَضْمَنُ الزِّقَّ؛ لأن الخَمْرَ ليس بمُتَقَوِّمٍ، والزِّقُّ مُتَقَوِّمٌ، إلا أنْ يفعلَ ذلك إمامٌ يرى ذلك، فحينَئذٍ لا شيءَ عليه؛ لأنه مختلفٌ [٩١/٧و/م] فيه، ونظيرُ هذا الذِّمِّيُّ إذا أظهر بَيْعَ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ في دارِ الإسلامِ؛ يُمْنَعُ، فإنْ أراقه رَجُلٌ أوْ قتَلَ خنزيرَه؛ يَضْمَنُ إلا أن يَكُونَ إمامًا يرى ذلك فيَضْمَنُ؛ لأنه مختلف فيه»[١].

وقال في «الفتاوى الصغرى» في آخرِ [٩٩/٣ظ] كتابِ الجناياتِ: «كَسَرَ دَنَّ الخَمْرِ: إنْ كان بإذْنِ الإمامِ؛ لا يَضْمَنُ، وإلَّا ضَمِن، فقال: حكاه عن «السِّيَر الكبير» مِن أدبِ القاضي [في باب العَدْوَى مِن أدبِ القاضي][٢] روايةً عن أصحابِنا: أنه يُهْدَمُ البيتُ على مَنِ اعتاد الفسقَ وأنواعَ الفسادِ، حتَّى قالوا أيضًا: لا بأسَ بالهجومِ على بيتِ المُفْسدين، وقيل: يُرَاقُ العصيرُ أيضًا قبْل أنْ[٣] يشْتَدَّ، ويقْذِف بِالزَّبَدِ على مَن اعتاد الفسقَ».

قولُه: (وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ بِالْيَدِ إِلَى الْأُمَرَاءِ)، هذا يتعلَّقُ بقولِه: (كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ)، يعني: لَمَّا كان الأمرُ بالمعروفِ باليدِ للأُمَراءِ؛ لم يَلْزَمِ الضَّمَانَ على

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣١٤/٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق ٢٦٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٣) وقع بالأصل: «إلا أنْ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

قِيمَتُهَا غَيْرَ صَالِحَةٍ لِلَّهْوِ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُغَنِّيَةِ [١٥٧/و] وَالْكَبْشِ النُّطُوحِ وَالْحَمَامَةِ الطَّيَّارَةِ وَالدِّيكِ الْمُقَاتِلِ وَالْعَبْدِ الْخَصِيِّ تَجِبُ الْقِيمَةُ غَيْرَ صَالِحَةٍ لِهَذِهِ الْأُمُورِ، كَذَا هَذَا، وَفِي السَّكَرِ وَالْمَنْصَفِ يَجِبُ قِيمَتُهُمَا، وَلَا يَجِبُ الْمِثْلُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمَلُّكِ عَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَ عَلَىٰ نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا، حَيْثُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا؛ لِأَنَّهُ مُقَرٌّ عَلَىٰ ذَلِكَ.

غاية البيان

الكاسرِ بإِذْنِهم.

والأصلُ في ذلك: ما رُوِيَ أن النَّبِيَّ ﷺ قال: «**مَنْ رَأَىٰ مُنْكَرًا؛ فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ، وَذَلِكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ**»[(١)]. فالأَوَّلُ للأُمَراءِ، والثاني للعلماءِ، والثالثُ للعَوَامِّ.

قولُه: (**وَإِنْ كَانَ لَوْ فَعَلَ جَازَ**)، **يعني:** أنَّا قلنا بضمانِ السَّكَرِ والمُنَصَّفِ بالقِيمَةِ لا بالمِثْلِ؛ لأن المُسلمَ يُمْنَعُ عن ذلك، ولكن لو أخذَ المِثْلَ جاز؛ لعدمِ سقوطِ التقَوُّمِ والماليَّةِ.

قولُه: (**وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَ عَلَىٰ نَصْرَانِيٍّ صَلِيبًا، حَيْثُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ صَلِيبًا**)، **أي:** هذا الذي ذكرناه في ضمانِ البَرْبَطِ والطَّبْلِ والدُّفِّ ونحوِ ذلك، مِن أن قيمَتها تَجِبُ غيرَ صالحةٍ لهذه الأشياءِ، بخلافِ صَلِيبِ النَّصْرَانِيِّ حيثُ تجبُ قيمتُه صَلِيبًا.

قال القُدُوريُّ رحمه الله **في شَرْحه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»:** قالوا في مَن أتلفَ صَلِيبًا علىٰ نَصْرَانِيٍّ: ضَمِن قيمتَه صَلِيبًا؛ لأنَّا أقرَرْناهم علىٰ هذا الصنيعِ، فصار كالخَمْرِ التي هم مُقَرُّونَ عليها، وقد قال أصحابُنا رحمهم الله: إن الذِّمِّيَّ يُمْنَعُ مِن كلِّ شيءٍ يُمْنَعُ منه المُسلمُ، إلا شُرْبَ الخَمْرِ، وأَكْلَ الخِنْزِيرِ؛ لأنَّا استثنَيْنَاه بالأَمانِ[(٢)].

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣١٩/ داماد].

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ مُدَبَّرَةً، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ؛ ضَمِنَ قِيمَةَ الْمُدَبَّرَةِ وَلَم يَضْمَنْ قِيمَةَ أُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا؛ لِأَنَّ مَالِيَّةَ

غاية البيان

وقال القُدُورِيُّ رحمه الله أيضًا في شَرْحه [لـ«مختصر الكَرْخِيِّ»][1]: «قال محمدٌ رحمه الله: إذا أحرقَ الرَّجُلُ بابًا مَنْحوتًا عليه تماثيلُ مَنقوشةٌ؛ ضَمِن قيمتَه غيرَ منقوشٍ، فإنْ كان صاحبُه قَطَع رُءوسَ التماثيلِ قبلَ ذلك؛ ضَمِن قيمتَه منقوشًا، وذلك؛ لأن نَقْشَ التماثيلِ معصيةٌ، فلا يَجُوزُ أَنْ تتقَوَّمَ في الضَّمَانِ، كما لا يَتقَوَّمُ الغِنَاءُ في الجاريةِ المُغَنِّيةِ.

فإذا قطَعَ رُءوسَ التماثيلِ؛ فذلك نَقْشٌ غيرُ ممنوعٍ منه، فيُقَوَّمُ على الغَاصِبِ، فقال فيمنْ أحرقَ بِساطًا فيه تصاويرُ رجالٍ: ضَمِن قيمتَه مُصوَّرًا؛ لأن التماثيلَ في البِسَاطِ ليست بمُحرَّمةٍ، أَلَا ترىٰ أن [٩١/٧ظ/م] البساطَ يُوطَأُ، وإذا لم تَكُنْ مُحَرَّمةً ضمِنْتَها، وقال فيمَنْ هدَمَ بيتًا مُصوَّرًا بالأصباغِ تماثيلُ: ضمَّنْتُه قِيمَةَ البيتِ وأصباغَه غيرَ مُصَوَّرٍ؛ لأن التماثيلَ في البيتِ مَنْهِيٌّ عنها»[2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ رحمه الله في «شَرحه».

والصَّلِيبُ: شيءٌ مُثَلَّثٌ يعبُدُه النصارىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ مُدَبَّرَةً، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ؛ ضَمِنَ قِيمَةَ الْمُدَبَّرَةِ وَلَم يَضْمَنْ قِيمَةَ أُمِّ الْوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا: يَضْمَنُ قِيمَتَهُمَا)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتُها في بيوعِ «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: في رَجلٍ غَصَب أُمَّ ولدِ رَجلٍ، فماتتْ في يدِه، قال: لا ضمانَ عليه، وإنْ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٠/ داماد].

وَالدَّلَائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ الْعَتَاقِ من هَذَا الكِتَابِ.

لا علىٰ وَجْهِ البَيْعِ، فصارَتْ أمانةً في يدِه، أَلَا ترىٰ أنه لو حَلَفَ لا يَبِيعُ شيئًا، فباع المُدبَّرَ وأُمَّ الولدِ، لا يَحْنَثُ في يمينه، فثَبَتَ أنه لم يَكُنْ بيعًا، فبَقِيَ الأخذُ بإِذْنِ البَائِعِ، فصارَتْ كالوديعةِ.

ومسألةُ بَيْعِ أُمِّ الولدِ والمُدَبَّرةِ مَرَّ بيانُها مرَّةً في بابِ البَيْعِ الفاسدِ، واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

قولُه: (وَالدَّلَائِلُ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ الْعَتَاقِ)، مَرَّ بيانُها في آخرِ بابِ العبدِ يَعْتِقُ بعْضُه، وهي أن التقوُّمَ يُبْتَنَىٰ علىٰ الإحرازِ، وأُمُّ الولدِ لا تُحْرَزُ إحرازَ الأموالِ، بل تُحْرَزُ إحرازَ المنكوحاتِ، والباقي يُنْظَرُ ثَمَّةَ، واللهُ تعالىٰ أعلمُ.

[وهذا آخرُ الدفترِ السادسَ عشرَ مِن الشرحِ الذي سمَّيْناه: «غاية البيان في شرح الهداية» [٩٢/٧و/م]**، فرغَ مُؤلِّفُه الفقيرُ، إلىٰ رحمةِ ربِّه القديرِ: قِوَامُ الدِّينِ أبو حَنِيفَةَ أَمِيرُ كاتب أَمِير عُمَر العَمِيد الفَارَابِيُّ الأَتْقانِيُّ، أحسَنَ اللهُ خاتمتَه وجميعَ المسلمين، آمين. ويتلوه في الدفترِ السابعَ عشرَ ـ بعَوْنِه تعالىٰ ـ كتابُ الشُّفْعةِ، وكان الفراغُ يومَ الأحدِ الرابع والعشرين مِن جُمَادَىٰ الأُولىٰ مِن سنَة ثلاثٍ وأربعين وسبعِ مئةٍ ببغدادَ في الجعفريَّةِ]**[1].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». و«فا٣».

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

قَالَ: الشُّفْعَةُ: مُشْتَقَّةٌ مِنَ الشَّفْعِ وَهُوَ الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بِهَا لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ الْمُشْتَرَاةِ إِلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

ذَكَرَ كتابَ الشُّفعةِ بعدَ كتابِ الغَصْبِ لمناسبةٍ بينَهُما؛ لأنَّ في كلِّ واحدٍ منهُما تملُّكَ مالِ الإنسانِ بغَيرِ رِضاهُ.

وفرْقُهما: أنَّ الشُّفعةَ مَشروعٌ، والغَصْبُ ليسَ بمشْروعٍ، بلْ هو عُدوانٌ مَحضٌ، وكانَ القياسُ أنْ يُقدَّمَ كتابُ الشُّفعةِ لِشرْعيَّتِها، ولكِن قدَّمَ الغَصبُ لكثرةِ الحاجةِ إلى معرفتِه؛ لأنَّه يقعُ كثيرًا في المُعاملاتِ كالبِيَعاتِ، والإجاراتِ، والشَّركاتِ، والمُضارباتِ والمُزارعاتِ، وغيرِها، لا سيَّما هذا الزَّمانُ، فإنَّه زمانُ الظُّلمِ والحَيْفِ والتَّعدِّي، فما أحسنَ مَن قالَ[1]:

وَالظُّلْمُ فِي خُلُقِ النُّفُوسِ وَإِنْ تَجِدْ * ذَا عِفَّـــةٍ فَلِعِلَّـــةٍ لَا يَظْلِـــمُ

ثمَّ الشُّفعةُ عبارةٌ عَن حقِّ التَّملُّكِ في العَقَارِ لدَفعِ ضررِ الجِوارِ[2]. سُمِّيتْ بذلِكَ لأنَّها أُخِذَتْ مِن الشَّفعِ الَّذي هوَ ضِدُّ الوِترِ؛ لأنَّه ضمُّ شيءٍ إلى شيءٍ. ألَا

(١) هو المتنبِّي، والبيتُ في جملة قصيدةٍ فريدة له في: «ديوانه» [١/٢٦٦ مع شرح العكبري].

(٢) وقع بالأصل: «الجار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«ع».

الشُّفعة: بضم الشين وسكون الفاء، وحكي ضمها، والشفعة: مشتقة من الشفع، وهو الضم والزيادة والتقوية، سميت بها؛ لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع.

والشفعة اصطلاحًا: كما عرفها المؤلف. ينظر: «الصحاح» [٣/١٢٣٨]، «لسان العرب» [٨/١٨٣]، «المغرب» [١/٤٤٨]، «طلبة الطلبة» [ص ٢١٦]، «التعريفات» [ص ١٣١]، «أنيس الفقهاء» [ص ٢٧١]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٥٤]، «اللباب» [١/٢٦٤].

قَالَ: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلخَلِيطِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ، ثُمَّ لِلخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ كَالشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ، ثُمَّ لِلجَارِ أَفَادَ هَذَا اللَّفْظُ ثُبُوتَ حَقِّ الشُّفْعَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ

غاية البيان

تَرىٰ أنَّ الشَّفيعَ ـ وهو الَّذي له حقُّ الشُّفعةِ ـ يَضمُّ بها مِلْكَ جارِه إلىٰ مِلْكِ نفسِه.

[٣/١٠٠ظ] والشَّفاعةُ[1] سُمِّيتْ بذلكَ؛ لأنَّها ضمُّ المَشفوعِ لَه إلىٰ أَهْلِ الثَّوابِ.

وسببُ الشُّفعةِ أحدُ الأشياءِ الثَّلاثةِ: الشَّركةُ في البُقعةِ، والشَّركةُ في الحُقوقِ، والجوارُ علىٰ سبيلِ المُلاصَقةِ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لا تُستحقُّ بالجوارِ[2]، وسَيَجِيءُ بيانُ الخلافِ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ عَقِيبَ هذا.

قولُه: (قَالَ: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ لِلخَلِيطِ فِي نَفْسِ المَبِيعِ، [ثُمَّ لِلخَلِيطِ فِي حَقِّ المَبِيعِ][3] كَالشِّرْبِ[4] وَالطَّرِيقِ، ثُمَّ لِلجَارِ)، أيْ: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[5].

وقالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «الشُّفعة تُستحقُّ عندَ أصْحابِنا ﷺ جميعًا بثلاثةِ معانٍ: بالشَّركةِ فيما وقعَ عليْه عقْدُ البيعِ، أوْ بِالشَّركةِ في حُقوقِ ذلِكَ، أوْ بِالجوارِ الأقربِ فَالأقْربِ.

وتفْسيرُ ذلِكَ: دارٌ بينَ قومٍ فيها منازلُ لهُم، فيها شركةٌ بينَ بعضِهم، وفيها ما هيَ مفردةٌ لبعضِهم، وساحةُ الدَّارِ مرفوعةٌ بينَهُم، يتطرَّقونَ مِن منازلِهم فيها، وبابُ الدَّارِ الَّتي فيها المنازلُ في زُقاقٍ غير نافذٍ، فباعَ بعضُ الشُّركاءِ في المنزلِ نَصيبَه

---

(١) وقع بالأصل: «والشُّفعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٢٦]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢١٣]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٧٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) الشِّرْب: الحَظُّ من الماء. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

هَؤُلَاءِ وَأَفَادَ التَّرْتِيبُ، أَمَّا الثُّبُوتُ فَلِقَوْلِهِ ﷺ: «الشُّفْعَةُ لِشَرِيكٍ لَمْ يُقَاسِمْ»، وَلِقَوْلِهِ ﷺ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ وَالْأَرْضِ يُنْتَظَرُ لَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا» ....

غاية البيان

مِن شريكِه، أوْ مِن رجلٍ أجْنبيٍّ بحقوقِه مِنَ الطُّرقِ في السَّاحةِ وغيرِها؛ فالشَّريكُ في المنزلِ أحقُّ بالشُّفعةِ مِنَ الشَّريكِ في السَّاحةِ، ومنَ [٧/٩٢ظ/م] الشَّريكِ في الزُّقاقِ الَّذي فيه بابُ الدَّارِ.

فإنْ سَلَّمَ الشَّريكَ في المنزلِ الشُّفعةَ؛ فالشَّريكُ في السَّاحةِ أحقُّ بالشُّفعةِ، وإن سلَّمَ الشَّريكُ في السَّاحةِ؛ فالشَّريكُ في الزُّقاقِ الَّذي لا مَنْفَذَ[1] لَه الذي يُشرعُ فيه بابُ الدَّارِ أحقُّ بعدَه بالشُّفعةِ مِنَ الجارِ المُلاصقِ، وجميعُ أهلِ الزُّقاقِ الَّذينَ طريقُهم فيهِ شركاءُ في الشُّفعةِ، مَن كانَ في أدْناهُ وأقْصاهُ في ذلِكَ سواءٌ.

فإنْ سلَّمَ الشُّركاءُ في الزُّقاقِ؛ فالجارُ المُلاصقُ ممَّنْ لا طريقَ لَه في الزُّقاقِ بعدَ هؤُلاءِ أحقُّ، وليسَ لغَيرِ المُلاصِقِ مِنَ الجيرانِ شُفْعةٌ ممَّنْ لا طَريقَ لَه في الزُّقاقِ، وهذا قولُ أَبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف وَزُفَرَ ومحمَّدِ بنِ الحسَنِ والحسَنِ بنِ زِيَادٍ ﷺ.

وقالَ بِشْرُ بنُ الوَليدِ وعَلِيُّ بنُ الجَعْدِ ﷺ: سَمِعْنا أبا يوسُف قالَ: قالَ بعضُ أصْحابِنا: لا شُفعةَ إلَّا لشريكٍ[2] لم يُقاسِمْ نصيبَه[3].

وقالَ عامَّتُهُم: للجارِ الشُّفعةُ»[4]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ في «**مختصره**».

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ فيهِ: «وقالَ أَبو يوسُف عَن أبي حَنِيفَةَ، عَن حمَّادٍ، عَن

(١) في «الأصل»، و«م»: «ينفذ». والمثبت من: «ن»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «الشريك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «البناية شرح الهداية» [١١/٢٨٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٦/ داماد].

. . . .

إبراهيمَ: أنَّ شُرَيحًا كانَ يقْضي بالشُّفعةِ لِلجِيرانِ بِالأبوابِ، وأقربُ الأبْوابِ إلىٰ بابِ الدَّارِ وهُو الشَّفيعُ، وقالَ أبو حَنيفَةَ ﷺ خلافَ ذلِكَ فَقالَ: الجارُ الَّذي لَه الشُّفعةُ: المُلاصقُ»(١). كذا ذَكرَ الكَرْخِيُّ.

وعندَ أهلِ المَدينةِ: مثلِ يحيىٰ بنِ سَعيدٍ الأنْصارِيِّ، وَرَبِيعَةِ بنِ أبي عبدِ الرَّحمنِ، ومالكِ بنِ أنسٍ(٢): لا شُفعةَ بالجوارِ، وبِه يقولُ الشَّافِعِيُّ(٣)، وأحمدُ(٤) وإسحاقُ، ومذهبُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وابنِ المُبارَكِ رضي الله عنهم أجمعينَ مثلُ مذهبِنا: أنَّ الجارَ لَه شُفْعةٌ. كذا ذكرَ التِّرمِذيُّ في «جامعه»(٥) في الحديثِ.

احتجَّ مالكٌ والشَّافِعِيُّ وأحمدُ ﵃ علىٰ ألَّا شُفْعةَ بِالجوارِ: بِما رُوِيَ مسندًا في «صحيح البخاري» وغيرِه: إلىٰ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ قَالَ: «قَضَىٰ النَّبِيُّ [٣/١٠١ر] ﷺ بالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ؛ فَلَا شُفْعَةَ»(٦)، ولأنَّ حقَّ الشُّفعةِ ثبَتَ بِخلافِ القياسِ؛ لأنَّ تملُّكَ مالِ الغيرِ بغيرِ رِضاهُ لا يُعْقَلُ فيقتصرُ علىٰ مَوْرِدِ النَّصِّ وهوَ ما يُقْسَمُ، ولأنَّه شُرِعَ فيما لا يُقْسَمُ لِدفعِ ضررِ مُؤنةِ القِسمةِ؛ لأنَّه يحتاجُ إلىٰ أنْ يدفعَ عَن نفسِه مُطالبةَ القسمةِ ولا يُمْكِنُه إلَّا بالتَّملُّكِ عليْه، وهذا المعْنىٰ لا يتحقَّقُ في الجارِ.

ولنا: ما رَوَىٰ صاحبُ «السُّنن»: بإسنادِه إلىٰ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ أنَّهُ سَمِعَ أبَا

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].
(٢) ينظر «مواهب الجليل» [٥/٣١٢]، و«منح الجليل» [٧/١٩١].
(٣) ينظر «العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١١/٣٦٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٦٩].
(٤) ينظر «المغني» لابن قدامة [٥/١٧٨].
(٥) ينظر: «جامع الترمذي» [تحت الحديث رقم/ ١٣٧٠].
(٦) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعا غير مقسوم [رقم/ ٢١٠٠]، من حديث: جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﵁.

. . . .

رَافِعٍ ﷺ، سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ**»(١).

ورَوَىٰ صاحبُ «السُّنن» أيضًا: بإسنادِهِ إلىٰ قَتَادَةَ، عَنِ الحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ ﷺ، عنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الجَارِ وَالأَرْضِ**»(٢).

ورَوَىٰ أبو عيسىٰ التِّرمذيُّ [٩٣/٧و/م] **في «جامعه»**: بإسنادِهِ(٣) إلىٰ سَمُرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ**»(٤).

ورَوَىٰ أبو داودَ رَضِيَ اللهُ تعالى عَنْهُ أيضًا في «السُّنن»: مُسندًا إلىٰ عَطَاءٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا**»(٥).

وحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار»: بإسنادِهِ إلىٰ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ، عَنْ

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الشفعة/ باب عرض الشفعة علىٰ صاحبها قبل البيع [رقم/٢١٣٩]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في الشفعة [رقم /٣٥١٦]، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ ذكر الشفعة وأحكامها [رقم /٤٧٠٢]، وابن ماجه في كتاب الشفعة/ باب الشفعة بالجوار [رقم/٢٤٩٥]، وغيرهم من حديث: أَبي رَافِعٍ ﷺ. وهو عند البخاري في سياق أتم.

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الإجارة/ باب في الشفعة [رقم /٣٥١٧]، بهذا السند به.

(٣) وقع بالأصل: «بإسناد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الشفعة [رقم/ ١٣٦٨]، بهذا السند به.
قال الترمذي: «حديث سمرة حديث حسن صحيح». وينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢٠٢/٢].

(٥) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٣٠٣/٣]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في الشفعة [رقم/ ٣٥١٨]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الشفعة للغائب [رقم/ ١٣٦٩]، وابن ماجه في كتاب الشفعة/ باب الشفعة بالجوار [رقم/ ٢٤٩٤]، وغيرهم بهذا السند به.
قال الترمذي: «هذا حديث غريب». وقال ابنُ عبد الهادي: «هو حديث صَحِيح، وَرُوَاته أثبات». ينظر: «المحرر في الحديث» لابن عبد الهادي [ص/ ٥٠٩].

. . . .

قَتَادَةَ، عَنْ أَنَسٍ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ»(١).

وحدَّثَ **الطَّحَاوِيُّ**: بإسنادِهِ إلىٰ قَتَادَةَ، عَنِ الحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ الدَّارِ»(٢).

وقالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «رَوَىٰ أبو يوسُف، عَن أَشْعَثَ بنِ سَوَّارٍ، عَن مُحَمَّدِ بن سِيرِينَ، عَن شُرَيْحٍ أَنَّه قَالَ: «الخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنَ الجَارِ، وَالجَارُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»(٣).

قالَ أبو يوسُف ﷺ: وتفسيرُ هذا عِندَنا: أَنَّ الشَّريكَ الَّذي لَم يُقاسِمْ هوَ الخَلِيطُ وهوَ أحقُّ منَ الشَّفيعِ، والشَّفيعُ: الشَّريكُ في الطَّريقِ والمنازلُ [مقْسومةٌ](٤).

والجارُ: الَّذي لا شِرْكَ له في منزلٍ ولا طريقٍ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ.

وكذلِك رَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ ﷺ في تفسيرِ حديثِ شُرَيْحٍ: أَنَّ الخَلِيطَ أَحَقُّ منَ الشَّفيعِ، والشَّفيعُ أحقُّ منَ الجارِ، والجارُ أحقُّ مِن غيرِه(٥) علىٰ ما أَخبرتُك بِه، اتَّفقَ أبو يوسُف ومُحَمَّدٌ ﷺ علىٰ تفسيرِ الحَديثِ علىٰ ما رُوِيَ عَن أبي يوسُف»(٦). إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٢٢/٤]، بهذا السند به.

(٢) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٢٣/٤]، بهذا السند به.

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٤٣٨٦]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٢٧٢٥]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٢٤/٤]، من طريقين: عن شُرَيْحٍ به نحوه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٥) سبق تخريجه.

(٦) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

....

والمعْنىٰ المعْقولُ في المسْألةِ: أنَّ علَّةَ استِحْقاقِ الشُّفعةِ في الشَّريكِ وُجدتْ في الجارِ، وهوَ دفعُ ضرَرِ الدَّخيلِ، فيُشاركُه في استِحْقاقِ الشُّفعةِ؛ لأنَّ المُشاركةَ في السَّببِ تُوجِبُ المُشاركةَ في الحُكْمِ.

بيانُه: أنَّ الاتِّصالَ بينَ المِلكَيْنِ علىٰ وجْهِ التَّأبيدِ، والقرارُ لا يعْرَىٰ عنِ الضَّررِ، فرُبَّما يكونُ صاحبُه بَذِيئًا يُؤذي صاحبَه باللِّسانِ واليدِ بسوءِ الصُّحبةِ، وقُبْحِ المُعاشرةِ، وهُو أمرٌ معلومٌ لا يَجْرِي فيهِ المُناكرةُ إلَّا علىٰ وَجْهِ المُكابرةِ، فَشُرِعَ استحقاقُ الشُّفعةِ لِلشَّريكِ دفعًا [١٠١/٣ظ] لِضررِ الدَّخيلِ، وهذا المعْنىٰ - أعْني: معْنىٰ الضَّررِ - موْجودٌ في حقِّ الجارِ المُلازقِ أيضًا، فيَثْبُتُ لَه الشُّفعةُ قياسًا علىٰ الشَّريكِ.

فَإِنْ قُلْتَ: ضررُ الدَّخيلِ موهومٌ، ربَّما يكونُ وربَّما لا يكونُ، والظَّاهرُ أنَّه لا يكونُ؛ لأنَّه مسلمٌ متديِّنٌ عاقلٌ، وعقلُه ودينُه يمنعانِه عنْ إضْرارِ الغَيرِ، وضررُ المُشتري، وهوَ أخذُ المِلْكِ[١] منهُ بِلا رِضاهُ مُتحقِّقٌ، فكيفَ يجوزُ إلحاقُ الضَّررِ المتحقِّقِ لِدفعِ ضررٍ موْهومٍ، ولوْ كانَ ضررُ الدَّخيلِ موْجودًا لا موْهومًا؛ يُمْكِنُ دَفْعُه بِالمُرافعةِ إلىٰ السُّلطانِ أوْ بِالمقابلةِ[٢].

قُلنا [٩٣/٧ظ/م]: لا نُسلِّمُ أنَّ ضررَ الدَّخيلِ موْهومٌ، بل هوَ غالبٌ، فإنَّ الإنسانَ لا يُمْكِنُه الانتفاعُ بمِلْكِه مدَّةَ عُمرِه ولا يتأذَّىٰ مِن جارِه، فما أحسنَ مَن قالَ[٣]:

كَمْ مَعْشَرٍ سَلِمُوا لَمْ يُؤْذِهِمْ سَبُعٌ ❊ وَمَا نَرَىٰ أَحَدًا لَمْ يُؤْذِهِمْ بَشَرُ

ولَئِنْ سلَّمْنا أنَّه موْهومٌ فنقولُ: يشتغلُ بدفعِ الضَّررِ الموْهومِ قبلَ نُزولِه؛ لأنَّه

---

(١) وقع بالأصل: «المال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «بالمقاتلة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) هو الإمام الخطَّابي ﷺ في كتابه: «العُزلة» [ص/ ٥٦].

. . . .

إذا نزَلَ ربَّما يُمْكِنُ دَفْعُه وربَّما لا يُمْكِنُ دَفْعُه، فلا فائدةَ إِذَنْ في الاشتِغالِ بِالدَّفعِ.

وقولُه: إنَّ ضررَ المُشْتَرِي مُتحقِّقٌ.

قُلْنا: لا يُعدُّ ذلِكَ مِن باب الإضْرارِ؛ لأنَّ الشَّرعَ جعلَ غيرَه أحقَّ منهُ، فَمتى تقدَّمَ الشَّفيعُ وأخذَ؛ صارَ كأنَّ العقدَ وقعَ معَهُ ابتداءً، ولَئِنْ سلَّمنا أنَّ ضررَ المُشْتَرِي مُتحقِّقٌ فنقولُ: ضررُه دونَ ضررِ الشَّفيعِ، ويُتحمَّلُ الضَّررُ الأدْنىٰ لدفْعِ الضَّررِ الأعْلىٰ؛ لأنَّ ضررَ الدَّخيلِ ليسَ إلَّا التملُّكَ عليْه بما قامَ عليهِ مِن الثَّمنِ بِلا رضاهُ، وهوَ ما صحبَ الجدارَ، وما سكَنَ الدَّارَ، والشَّفيعُ قَد سكنَ الدَّارَ، وصحبَ الجدارَ، فلو لَمْ يَثْبُتْ لَه الشُّفعةُ ربَّما يحتاجُ إلىٰ مُفارقةِ دارٍ ورِثَها عَن آبائِه احترازًا عَن ضررِ الدَّخيلِ، فيشقُّ عليْه ذلِكَ غايةَ المشقَّةِ.

وقولُه: يُمكنُ دَفْعُه بِالمُرافعةِ إلىٰ السُّلطانِ أَو بِالمُقابلةِ.

قُلنا: الضَّررُ الَّذي يلحقُه من جهةِ الدَّخيلِ بعضُه ظاهرٌ، وبعضُه باطنٌ، لا يُمْكِنُ رفْعُ جميعِ ذلكَ إلىٰ السُّلطانِ، وفيهِ حرجٌ، ولأنَّ الضَّررَ الَّذي يَلْحَقُه علىٰ بابِ السُّلطانِ، وضررَ المقابلةِ[1] فوقَ ضررِ سوءِ الصُّحبةِ والمعاملةِ[2] منَ الدَّخيلِ، فَلا يجوزُ تحمُّلُ الضَّررِ الأعْلىٰ لدفْعِ الأدْنىٰ.

فَإِنْ قُلْتَ: العلَّةُ في استِحْقاقِ الشُّفعةِ لِلشَّريكِ دفْعُ ضررِ المُقاسمةِ، فلا يتحقَّقُ هذا المعْنىٰ في الجارِ، فلا يَثْبُتُ لَه الشُّفعةُ.

قُلْنا: المُقاسمةُ حقٌّ[3] مُستحقٌّ علىٰ الشَّريكِ، فَلا يكونُ إيفاءُ الحقوقِ

---

(١) وقع بالأصل: «المقاتلة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «والمقاتلة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «عقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

مستحقَّةِ مِن بابِ الضَّررِ؛ لأنَّه لوْ كانَ ضررًا لمْ يكُنْ مَشروعًا، بلْ فيهِ نفْعٌ محضٌ؛ لأنَّه جمعُ الأنصِباءِ.

فَإِنْ قُلْتَ: في المملوكِ بالإرْثِ والهِبةِ والوصيَّةِ لا يَثْبُتُ الشُّفعةُ؛ فتنتَقِضُ علَيْكم[1].

قُلْنا: إنَّما لا تَثْبُتُ في هذِه الصُّورِ لِوجهيْنِ:

أحدُهُما: إنَّ هذِه الأسْبابَ لا يكثُرُ وجودُها، فلا حاجةَ إلىٰ إثْباتِ حقِّ الشُّفعةِ لدفْعِ الضَّررِ الحاصلِ بِها، بخِلافِ البيْعِ، فإنَّه يكثُرُ وجودُه.

والثَّاني: لوْ ثبتَتِ الشُّفعةُ بهذِه الأشْياءِ؛ إمَّا أنْ تَثْبُتَ بعِوضٍ، أوْ لا بعِوضٍ، والثَّاني: ليسَ [٣/١٠٢و] بمشروعٍ في الشُّفعةِ، والأوَّلُ لا يُمْكِنُ؛ لأنَّ حقَّ الشُّفعةِ إنَّما ثبتَ في الشَّرعِ بالتَّملُّكِ بمثلِ الثَّمنِ الَّذي اشْتراهُ أوْ بقيمتِه، كما إذا اشْترىٰ دارًا بعبدٍ يأخذُها بقيمةِ العبدِ، وفي هذِه المواضِعِ لم تُملكِ الدَّارُ بثمنٍ، فكيفَ [١٠٩٤/م] يأخذُها به أوْ بقيمتِه؟ ألَا ترىٰ أنَّ الخُلطةَ سببُ الشُّفعةِ بالاتِّفاقِ، ومعَ هذا لا تَثْبُتُ الشُّفعةُ بِالخلطِ بهذِه الأشْياءِ.

والجوابُ عن حديثِ الخَصمِ فنَقولُ: قولُ جابرٍ ﵁: «قَضَىٰ النَّبِيُّ ﷺ بالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ»[2] يدلُّ علىٰ أنَّ الشُّفعةَ مُستحقَّةٌ فيما لم يُقْسَمْ، ونحنُ نقولُ بمُوجَبِ ذلِك، وتخصيصُ الشَّيءِ بالذِّكْرِ لا يدلُّ علىٰ نَفْيِ ما عداهُ.

وقولُه: «فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ؛ فَلَا شُفْعَةَ»[3]، مِن كلامِ

---

(١) وقع بالأصل: «عليكم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) هذا جزء مِن حديث سبَق تخريجه.

(٣) هذا جزء من حديث جابر ﵁ السابق تخريجه.

. . . .

الرَّاوي[١]، فَلا يكونُ حُجَّةً للخَصمِ في عدَمِ استِحْقاقِ الشُّفعةِ للجارِ، معَ ما صحَّ منَ الأخبارِ بثبوتِ الشُّفعةِ للجارِ، فلوْ كانَ ذلك مِن كلامِ النَّبِيِّ ﷺ؛ لقالَ جابرٌ: قَضىٰ النَّبِيُّ ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ ما لم يُقْسَمْ، وقالَ: «**فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ؛ فَلَا شُفْعَةَ**».

ولَئِنْ صحَّ أنَّه من كلامِ النَّبِيِّ ﷺ؛ فنقولُ: معْناهُ: لا شُفْعةَ بسببِ القِسمةِ، وليستْ هيَ كالبيعِ، وإنَّما قالَ هذا دفعًا لوهمِ مُتوهِّمٍ: أنَّ القِسمةَ لمَّا كانَ فيها معْنىٰ التَّمليكِ مِن كلِّ واحدٍ منَ الشَّريكينِ للآخرِ؛ ينبَغي أنْ يَثْبُتَ فيها الشُّفعةُ، فأزالَ ذلِكَ الوَهمَ بِهذا.

والجوابُ عَن قولِه: إنَّ حقَّ الشُّفعةِ ثبتَ بخلافِ القِياسِ.

فنقولُ: لا نُسلِّمُ أنَّه بخلافِ القياسِ؛ لأنَّ النَّصَّ معلولٌ بالإجْماعِ، فعِندَنا: العِلَّةُ دفْعُ ضررِ الجوارِ باتِّصالِ المِلْكَيْنِ علىٰ الدَّوامِ، وعندَ الخَصْمِ[٢]: العِلَّةُ دفْعُ ضررِ مُؤنةِ القِسمةِ، ولَئِنْ سَلَّمنا أنَّه بخِلافِ القياسِ؛ فنَقولُ: تَثْبُتُ الشُّفعةُ في المُتنازعِ فيهِ بِالأخبارِ الصِّحاحِ الَّتي ذكرْناها، لا بالقياسِ.

فإنْ قالوا: مِلْكُ الجارِ مَحوزٌ عن مِلْكِ البائِعِ، فلا يَثْبُتُ لَه الشُّفعةُ كالجارِ المُحاذِي.

قُلنا: لا نُسَلِّمُ أنَّ مِلْكَه مَحوزٌ؛ لأنَّ بينَهُما اشتراكًا في الحائِطِ، أوْ في جزءٍ منَ الأرضِ، وهوَ الحدُّ الفاصلُ بينَ المِلْكَيْنِ.

---

(١) قال ابنُ حجر ﵀: «حكىٰ ابنُ أبي حاتم عن أبيه: أن قوله: «**فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ**» إلخ. مُدْرجٌ من كلام جابرٍ، وفيه نظرٌ؛ لأن الأصل أن كل ما ذكرَ في الحديث فهو منه، حتىٰ يثبت الإدراج بدليلٍ. وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه: أنه رجَّح رَفْعَها». ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٤/ ٤٣٧].

(٢) وقع بالأصل: «وعنده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَلِقَوْلِهِ ﷺ: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»، قِيلَ يَا رَسُولَ اللهِ: مَا سَقَبُهُ؟ قَالَ: «شُفْعَتُهُ» وَيُرْوَى: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا شُفْعَةَ بِالْجِوَارِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»؛ وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سُنَنِ الْقِيَاسِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَمَلُّكِ الْمَالِ عَلَى الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ مُؤْنَةَ الْقِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الْأَصْلِ دُونَ الْفَرْعِ.

والمعنى في الأصلِ: أنَّ مِلْكَ أحدِهما ليسَ بمتصلٍ بالآخرِ، وليس بينهما شركةٌ في جزءٍ، بخلافِ الفرعِ، أو الجارِ المحاذي لا يخافُ التأذي على وجهِ [illegible]، بخلافِ الفرعِ.

وقولُه: (الشُّفعةُ واجبةٌ للخليطِ)، أي: ثابتةٌ، ولم يُرِدْ به الوجوبَ[1] المصطلحَ الذي يلزمُ من تركِه الإثمُ.

والخليطُ: الشريكُ، من الخِلْطةِ، وهي: الشركةُ، يقال: خالطه إذا شاركه.

قوله: (ولقولِه ﷺ: «الجارُ أحقُّ بسقبِه»[2])

والسقبُ: القربُ، والمرادُ منه: الشفعةُ، ويجوز [illegible] بالسينِ والصادِ جميعاً [illegible]. يقال: دارُ فلانٍ سقبُ دارِ فلانٍ، أي: قريبٌ منه، وأبياتُ القومِ [illegible]، أي: متقاربةٌ، وسقبت الدارُ وأسقبت [illegible] [illegible] [illegible]، كذا في «الجمهرة»[3].

قوله: (في الأصل)، أي: فيما لم يُقسَمْ [illegible] (الفرع)، أي

(1) في [illegible]
(2) سبق تخريجه.
(3) انظر: الجمهرة لابن دريد [illegible]

وَلَنَا: مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ اتِّصَالَ تَأْبِيدٍ وَقَرَارٍ فَيَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الشُّفْعَةِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُعَاوَضَةِ بِالْمَالِ اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ [١٥٧/هـ] الشَّرْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الِاتِّصَالَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِنَّمَا انْتَصَبَ سَبَبًا فِيهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجِوَارِ، إِذْ هُوَ مَادَّةُ الْمَضَارِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَقَطْعُ هَذِهِ الْمَادَّةِ بِتَمَلُّكِ الْأَصِيلِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّهِ بِإِزْعَاجِهِ عَنْ خُطَّةِ آبَائِهِ أَقْوَى، وَضَرَرُ الْقِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ.

وَأَمَّا التَّرْتِيبُ ....

غاية البيان

في الجوارِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِ الدَّخِيلِ)، أيْ: لأنَّ مِلْكَ الجارِ مُتَّصلٌ بما مَلَكَه المُشتَري بالشِّراءِ، وسمَّاهُ دخيلًا؛ لأنَّه ليسَ بأصيلٍ[١] في الجوارِ، والأصيلُ هوَ الجارُ.

قولُه: (اعْتِبَارًا بِمَوْرِدِ الشَّرْعِ)، أرادَ بِه: ما لمْ يُقْسَمْ.

قولُه: (وَضَرَرُ القِسْمَةِ مَشْرُوعٌ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً لِتَحْقِيقِ ضَرَرِ غَيْرِهِ)، جوابٌ عَن قولِه: (لِأَنَّ مَئُونَةَ القِسْمَةِ تَلْزَمُهُ فِي الأَصْلِ دُونَ الفَرْعِ)، يعْني: أنَّ التَّعليلَ بِه لا يصحُّ؛ لأنَّه لا يُعْتبرُ ضررًا؛ لكونِ القِسمةِ مشْروعةً، فلا يُتحمَّلُ ضررُ الغيرِ الَّذي هوَ المُشْتَرِي بالتَّملُّكِ عليْه بِلا رِضاهُ؛ لدَفْعِ ضررِ القِسمةِ؛ لأنَّه ليسَ بضررٍ، بلِ العلَّةُ هيَ دفعُ ضررِ الجوارِ باتِّصالِ المِلْكيْنِ على الدَّوامِ.

قولُه: (وَأَمَّا التَّرْتِيبُ)، عطْفٌ على قولِه: (أَمَّا الثُّبُوتُ)، يعْني: أنَّ لفظَ القُدُورِيِّ دلَّ على شيْئَيْنِ: ثبوتُ الشُّفعةِ، والتَّرتيبُ.

---

(١) وقع بالأصل: «بأصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

فَلِقَوْلِهِ ﷺ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ» فَالشَّرِيكُ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ وَالْخَلِيطُ فِي حُقُوقِ الْمَبِيعِ وَالشَّفِيعِ هُوَ الْجَارُ؛ وَلِأَنَّ الِاتِّصَالَ

غاية البيان

أمَّا ثبوتُها: فبالأحاديثِ المذكورةِ.

وأمَّا التَّرتيبُ: فلِمَا رَوَىٰ أبو يوسُف: عنْ أَشْعَثَ بن سَوَّارٍ، عَن مُحَمَّدِ بن سِيرِينَ، عَن شُرَيْحٍ أنَّه قالَ: «الخَليطُ أحقُّ مِنَ الشَّفيعِ، والشَّفيعُ أحقُّ مِنَ الجارِ، والجَارُ أحقُّ مِنَ غَيْرِه»[1].

وأرادَ بِالخليطِ: الشَّريكَ الَّذي لم يُقاسمْ، وبِالشَّفيعِ: الشَّريكَ في الطَّريقِ، فقدْ مرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (فَلِقَوْلِهِ ﷺ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ»[1])، وبهذا اللَّفظِ لَمْ يَثْبُتِ الحديثُ[2].

وفسَّر صاحبُ «الهداية» ﵀: الشَّريكَ بمنْ كانَ شريكًا في نفْسِ المَبِيعِ، والخليطَ: بمَن كانَ شَريكًا في حقوقِ المَبِيعِ، وهُما في اللُّغةِ سواءٌ.

قالَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار»: «فإنْ قالَ: فقَد جعلْتَ هؤلاءِ الثَّلاثةَ شُفعاءَ بالأسبابِ الَّتي ذكرتَ، فَلِمَ جعلْتَ الشَّريكَ أَوْلَىٰ منَ الشَّريكِ في الطَّريقِ ثمَّ الجار؟

قيلَ لَه: لأنَّ الشَّريكَ لَه شركةٌ في الطَّريقِ، وفي الدَّارِ بعَينِه، وليسَ لِصاحبِ

(١) سبق تخريجه.

(٢) قال الذهبي: «هذا الحديث لا يُعْرف». وقال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث منكر بهذا اللفظ، وقد رُوِيَ بلفظ آخر، ولم يثْبُت». وقال ابنُ حجر: «لم أجده. وقال ابن الجوزي: لا يُعْرف». ينظر: «تنقيح التحقيق» للذهبي [٥٣٤]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٦٩٠]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٢٠٣]. وقد سبق تخريج هذا من كلام شُريح ﵁ موقوفًا عليه.

بِالشَّرِكَةِ فِي الْمَبِيعِ أَقْوَىٰ ؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ ، وَبَعْدَهُ الِاتِّصَالُ فِي الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ الْمِلْكِ ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ الْقِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً ؛ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا .

غاية البيان

الطَّريقِ حقٌّ في الدَّارِ ، فلِهذا صارَ هوَ أَوْلَىٰ ، وكذلكَ لِصاحبِ الطَّريقِ حقٌّ في الطَّريقِ ، وليسَ لِلجارِ ذلِك ، فلِهذا صارَ هُو أَوْلَىٰ ، ثمَّ الجار»[١] .

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ في شرحِه لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ» : «وقَد قالوا في الشَّريكِ إذا سلَّمَ الشُّفعةَ ؛ وجبتْ للشَّريكِ في الطَّريقِ ، فإن سلَّمَها ؛ وجَبَتْ للجارِ ، ورُوِيَ عَن أبي يوسُف ﵀ : أنَّ الشُّفعاءَ إذا اجْتَمعوا ، فسلَّمَ الشَّريكُ الشُّفعةَ ؛ فَلا شُفْعةَ لِغيْرِه .

وجهُ قولِهم المشهورِ : أنَّ السَّببَ الَّذي يتعلَّقُ بِه حقُّ كلِّ واحدٍ منهُم موجودٌ عندَ عَقْدِ البيعِ ، وإنَّما يتقدَّمُ حقُّ بعضِهم لتأكُّدِ حقِّه ، فإذا أسقطَ حقَّه كانَ لِغيرِه أن يستوفِيَ ، كغَريمِ الصِّحَّةِ ، وغريمِ المرضِ ، والدَّيْنِ الَّذي به رهْنٌ ، والدَّيْن الَّذي لا رهْنَ بِه ، إذا أسقطَ المُرتهنُ حقَّه .

ولأبي يوسُف ﵀ : أنَّ عَقْدَ البيعِ وقَعَ غيرَ موجبٍ للشُّفعةِ للجارِ ، ألَا ترىٰ أنَّه لا يملكُ المُطالبةَ بِها ، فَلا يَثْبُتُ حقُّه إلَّا بتجديدِ بيعٍ آخرَ [٧/٩٥و/م] ، أصْلُه إذا استُحْدِثَ الجوارُ»[٢] .

قولُه : (وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً ؛ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا) ، أيْ : لأنَّ ضررَ القِسمةِ إنْ لمْ يصلُحْ عِلَّةً [لاستحْقاقِ الشُّفعةِ][٣] ؛ لأنَّ القسمةَ أمرٌ مشروعٌ [٣/١٠٣و] ؛ يصلحُ مرجِّحًا .

---

(١) ينظر : «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٤/١٢٤] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٦/ داماد] .

(٣) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» .

بِالشَّرِكَةِ فِي الْمَبِيعِ أَقْوَىٰ ؛ لِأَنَّهُ فِي كُلِّ جُزْءٍ ، وَبَعْدَهُ الِاتِّصَالُ فِي الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ فِي مَرَافِقِ الْمِلْكِ ، وَالتَّرْجِيحُ يَتَحَقَّقُ بِقُوَّةِ السَّبَبِ ، وَلِأَنَّ ضَرَرَ الْقِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً ؛ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا.

غاية البيان

الطَّريقِ حقٌّ في الدَّارِ ، فلِهذا صارَ هوَ أَوْلَىٰ ، وكذلكَ لِصاحبِ الطَّريقِ حقٌّ في الطَّريقِ ، وليسَ لِلجارِ ذلِك ، فلِهذا صارَ هُو أَوْلَىٰ ، ثمَّ الجار»[1].

وقالَ القُدُوريُّ ﷺ في شرحِه لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ»: «وقَد قالوا في الشَّريكِ إذا سلَّمَ الشُّفعةَ ؛ وجبتْ للشَّريكِ في الطَّريقِ ، فإن سلَّمَها ؛ وجَبَتْ للجارِ ، ورُوِيَ عَن أبي يوسُف ﷺ: أنَّ الشُّفعاءَ إذا اجْتَمعوا ، فسلَّمَ الشَّريكُ الشُّفعةَ ؛ فَلا شُفْعةَ لِغيْرِه.

وجهُ قولِهم المشهورِ: أنَّ السَّببَ الَّذي يتعلَّقُ بِه حقُّ كلِّ واحدٍ منهُم موجودٌ عندَ عَقْدِ البيعِ ، وإنَّما يتقدَّمُ حقُّ بعضِهم لتأكُّدِ حقِّه ، فإذا أسقطَ حقَّه كانَ لِغيرِه أن يستوفِيَ ، كغَريمِ الصِّحَّةِ ، وغريمِ المرضِ ، والدَّيْنِ الَّذي به رهْنٌ ، والدَّيْن الَّذي لا رهْنَ بِه ، إذا أسقطَ المُرتهنُ حقَّه.

ولأبي يوسُف ﷺ: أنَّ عَقْدَ البيعِ وقَعَ غيرَ موجبٍ للشُّفعةِ للجارِ ، ألَا تَرىٰ أنَّه لا يملكُ المُطالبةَ بِها ، فَلا يَثْبُتُ حقُّه إلَّا بتجديدِ بيعٍ آخَرَ [٧/٩٥و/م] ، أَصْلُه إذا استُحْدِثَ الجوارُ»[2].

قولُه: (وَلِأَنَّ ضَرَرَ القِسْمَةِ إِنْ لَمْ يَصْلُحْ عِلَّةً ؛ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا) ، أيْ: لأنَّ ضررَ القِسمةِ إنْ لمْ يصلُحْ عِلَّةً [لاستحْقاقِ الشُّفعةِ][3] ؛ لأنَّ القسمةَ أمرٌ مشروعٌ [٢/١٠٣و] ؛ يصلحُ مرجِّحًا.

(١) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٤/١٢٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٦/ داماد].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ».

قَالَ: وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُقَدَّمٌ.

قَالَ: فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الجَارُ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ التَّرْتِيبِ، وَالْمُرَادُ بِهَذَا الْجَارِ الْمُتَلَاصِقِ، وَهُوَ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ وَبَابِهِ فِي سِكَّةٍ أُخْرَىٰ.

غاية البيان

معْناهُ: أنَّ ما لا يصلحُ عِلَّةً؛ لا يلزمُ ألَّا يصلحَ للتَّرجيحِ؛ لأنَّ التَّرجيحَ إنَّما يكونُ أبدًا بزيادةِ وصْفٍ، لا يصلحُ لِلعِلِّيَّةِ، فلهذا كانَ الشَّريكُ في نَفْسِ المَبِيعِ، وهوَ الشَّريكُ الَّذي لمْ يُقاسمْ أَوْلَىٰ مِن غيرِه، كالأخِ لأبٍ وأمٍّ يترجَّحُ علىٰ الأخِ لأبٍ في الميراثِ بِالعُصوبةِ، وإن كانتِ العُصوبةُ لا تُستحقُّ بالأمِّ.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ وَالشِّرْبِ وَالجَارِ شُفْعَةٌ مَعَ الخَلِيطِ فِي الرَّقَبَةِ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ الشَّريكَ في نَفْسِ المَبِيعِ أَوْلَىٰ باستحْقاقِ الشُّفعةِ، وأقدمُ علىٰ غيرِه مِن الشُّفعاءِ لِقوَّتِه، وقد مرَّ بيانُ ذلكَ عندَ بيانِ ترْتيبِ الشُّفعاءِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ سَلَّمَ فَالشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ سَلَّمَ أَخَذَهَا الجَارُ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختصره»[2]، فإنْ سلَّمَ الخليطَ في الرَّقبةِ، وهوَ الشَّريكُ في نَفْسِ المَبيعِ؛ فحينَئذٍ يظهرُ حقُّ الشَّريكِ في الطَّريقِ، فتكون الشُّفعةُ لَه، فإنْ سَلَّمَ هو؛ فالشُّفعةُ للجارِ المُلاصقِ، ولا اعتِبارَ لِلجارِ المُحاذي، خلافًا لما رُوِيَ عن شُرَيْحٍ، وقد مرَّ بيانُه.

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «تثبتُ الشُّفعةُ بجوارِ دارِ الوقفِ»[3].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٦].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٤٠٧].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ مَعَ وُجُودَ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ؛ لَا شُفعَةَ لِغَيْرِهِ، سَلَّمَ أَوِ اسْتَوْفَىٰ؛ لِأَنَّهُمْ مَحْجُوبُونَ بِهِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ السَّبَبَ تَقَرَّرَ فِي حَقِّ الْكُلِّ، إِلَّا أَنَّ لِلشَّرِيكِ حَقَّ التَّقَدُّمِ، فَإِذَا سَلَّمَ كَانَ لِمَنْ يَلِيهِ بِمَنْزِلَةِ دَينِ الصِّحَّةِ مَعَ دَينِ الْمَرَضِ، وَالشَّرِيكُ فِي الْمَبِيعِ قَدْ يَكُونُ فِي بَعْضٍ مِنْهَا كَمَا فِي مَنْزِلٍ مُعَيَّنٍ مِنْ الدَّارِ أَوْ جِدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنْهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ الجَارِ فِي المَنْزِلِ، وَكَذَا عَلَىٰ الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ أَقْوَىٰ وَالْبُقْعَةُ وَاحِدَةٌ.

غاية البيان

وفي «الواقعات» في باب الشُّفعةِ بعلَامةِ السِّين[1]: «رجلٌ له أرضٌ هيَ وقْفٌ عليْه، فاشْترىٰ رجلٌ أرضًا أُخْرىٰ بجنبِها، ليسَ لِصاحبِ الأرْضِ الموْقوفةِ عليْه شُفعةٌ؛ لأنَّ الشُّفعةَ بحقِّ المِلْكِ، ولا مِلْكَ لَه».

قولُه: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ مَعَ وُجُودَ الشَّرِيكِ فِي الرَّقَبَةِ؛ لَا شُفعَةَ لِغَيْرِهِ، سَلَّمَ أَوِ اسْتَوْفَىٰ)، وقَد مرَّ بيانُه قبلَ هذا.

قولُه: (وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ الجَارِ فِي المَنْزِلِ، وَكَذَا عَلَىٰ الجَارِ فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ)، أي: الشَّريكُ في الجدارِ معَ أرْضِه مُقدَّمٌ على الجارِ في المنزلِ، وعلىٰ الجارِ في بقيَّةِ الدَّارِ في أصحِّ الرِّوايتينِ عن أبي يوسُف، وفي الرِّوايةِ الأُخرىٰ عنهُ: هوَ والجارُ سواءٌ، وإنَّما قُلنا: «معَ أرْضِه»؛ لأنَّ الشَّركةَ في البناءِ المجرَّدِ لا تُوجبُ الشُّفعةَ[2].

---

(١) يعْنِي بـ: «علَامة السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «فتاوىٰ أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ/١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٤٩/٣]، «الفقه النافع» [١٠٨٥/٣]، «بدائع الصنائع» [٩٧/٤، ١٠٣]، «تبيين الحقائق» [٢٣٩/٥، ٢٤٠]، «الجوهرة النيرة» [٣٥٤/١].

ثُمَّ لا بُدَّ أنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوِ الشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّى يُسْتَحَقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرْكَةِ فِيهِ، فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ: أَلَّا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّرْبُ الخَاصُّ: أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا يَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَمَا يَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀: الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَى مِنْهُ قَرَاحَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ عَامٌّ.

۞ غاية البيان ۞

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: «قالَ أبو يوسُف ﵀ في دارٍ بينَ رَجُلينِ، ولرَجُلٍ فيها طريقٌ، فباعَ أحدُهما نصيبَه منَ الدَّارِ؛ فشريكُه في الدَّارِ أحقُّ بِالشُّفعةِ في ذلكَ، ولا شُفعةَ لصاحبِ الطَّريقِ».

قالَ: «قالَ: وكذلكَ دارٌ بينَ رَجُلينِ لأحدِهما حائطٌ في الدَّارِ بينَه وبينَ رَجُلٍ ـ يعني: بأرضِه ـ، فباعَ الَّذي له شِركٌ في الحائطِ نصيبَه من الدَّارِ والحائِطِ. قالَ: فالشَّريكُ في الدَّارِ أحقُّ بشُفعةِ الدَّارِ، ولا شُفْعَةَ لِلشَّريكِ في الحائطِ في الدَّارِ، وله الشُّفعةُ في الحائطِ وأرْضِه.

وكذلِكَ دارٌ بينَ رَجُلينِ، ولأحدِهما [٩٥/٧ظ/م] بئرٌ في الدَّارِ بينَه وبينَ رَجُلٍ آخَرَ، فباعَ الَّذي لَه الشِّركُ في البئرِ نَصيبَه مِنَ الدَّارِ والبئْرِ؛ فالشَّريكُ في الدَّارِ أحقُّ بشُفعةِ الدَّارِ، ولا شُفْعَةَ للشَّريكِ في البئرِ في الدَّارِ، ولَه شُفْعةٌ في البئْرِ»[1].

قولُه: (ثُمَّ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الطَّرِيقُ أَوِ الشِّرْبُ خَاصًّا حَتَّى يُسْتَحَقَّ الشُّفْعَةُ بِالشَّرْكَةِ فِيهِ، فَالطَّرِيقُ الخَاصُّ: أَلَّا يَكُونَ نَافِذًا، وَالشِّرْبُ الخَاصُّ: أَنْ يَكُونَ نَهْرًا لَا يَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَمَا يَجْرِي فِيهِ فَهُوَ عَامٌّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀: الخَاصُّ أَنْ يَكُونَ نَهْرًا يُسْقَى مِنْهُ قَرَاحَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ عَامٌّ)[2].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

(٢) قال شيخي زاده: والأصح أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه وهو أشبه الأقاويل. ينظر:=

....

قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «قالَ هِشَامٌ، عَن أبي يوسُف رحمه الله: في السَّاقيةِ الصَّغيرةِ تَسْقِي [٣/١٠٣ط] البُستانَينِ، أوِ الثَّلاثةَ، أو تَسْقي قطعتيْنِ، أو ثلاثةً أوْ نحوَ ذلكَ، فصاحبُ الأرضِ والبُستانِ الَّذي له الشّربُ في السَّاقيةِ أحقُّ بما بِيعَ مِن الجارِ الَّذي ليسَ لَه شِرْبٌ في السَّاقيةِ، فإنْ تَرَكَ صاحبُ السَّاقيةِ شُفعتَه؛ فللجارِ أن يَطلبَ الشُّفعةَ.

وقالَ أبو يوسُف رحمه الله: ليسَ في الأرضِ الَّتي شِرْبُها مِن العظيمِ شُفعةٌ، ولم يجعلْ أبو يوسُف العظيمَ مثلَ السَّاقيةِ بينَ القومِ».

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ فيه: «وقالَ هِشَامٌ: سألتُ مُحَمَّدًا رحمه الله عنِ النَّهرِ الَّذي تَجْرِي فيهِ السُّفنُ: أيكونُ للَّذينَ لَهم النَّهرُ[1] الشُّفعةُ فيما بِيعَ مِن ذلِكَ النَّهرِ؟ قالَ: نعَمْ.

قالَ مُحَمَّدٌ: ولكِن ليسَ لهم شُفْعةٌ بِهذا النَّهرِ في الأرَضِينَ الَّتي شِرْبُها من هذا النَّهرِ، هذا بمنزلةِ الطَّريقِ النَّافذِ.

قالَ: وأمَّا ما لا تَجْرِي فيه السُّفنُ: فإنَّه بمنزلةِ الطَّريقِ غيرِ النَّافذِ، فهُم شُفَعاءُ في الأنهارِ في الأرَضِينَ الَّتي شِرْبُها في النَّهرِ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رحمهما الله». إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره»[2].

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرْحه»: «أجرىٰ مُحَمَّدٌ الحُكْمَ علىٰ جَريانِ السُّفنِ؛ لأنَّ ما تَجرِي فيه السُّفنُ في حُكمِ العَظيمِ؛ فهُو كالدِّجلةِ والفُراتِ، وما لا تَجْرِي

= «المبسوط» [١٥/٢٣]، «تحفة الفقهاء» [٣/٦٠]، «بدائع الصنائع» [٤/١٠٣، ١٠٤]، «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٣٩]، «العناية شرح الهداية» [٩/٣٧٧]، «البناية شرح الهداية» [١١/٢٨٨]، «تكملة البحر الرائق» [٨/١٤٥]، «مجمع الأنهر» [٢/٤٧٣].

(١) وقع بالأصل: «شرب فيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٦/ داماد].

فَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرُ نافِذَةٍ، يَنْشَعِبُ [١٥٨/د] مِنهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ، فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَىٰ؛ فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً، دُونَ أَهْلِ العُلْيَا،

غاية البيان

من السُّفلُ في حُكْمِ الصَّغيرِ؛ فهو كالزُّقاقِ[١] الَّذي لا ينفذُ»[٢].

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» ﷺ: «لوْ أنَّ نهرًا يُسْقَىٰ منه أرضٍ معْدودةٌ، وكُرُومٌ معدودةٌ، فبِيعَتْ أرضٌ مِن ذلكَ، أو كَرْمٌ منها؛ فهُم شُفعاءُ فيها؛ لأنَّهُم كلُّهم خُلطاءُ فيها، ولوْ كانَ النَّهرُ عامًّا؛ فإنَّ الشُّفعةَ للجارِ المُلاصقِ.

والحَدُّ الفاصلُ بينَ الخاصِّ والعامِّ: قَد قدَّرَه بعضُهم بالإحْصاءِ، فإن كانوا ممَّن يُحصونَ؛ فهوَ خاصٌّ، وإنْ كانوا أكثرَ من ذلِكَ؛ فهُو عامٌّ.

وقالَ بعضُهم: إنْ كانوا دونَ المئةِ؛ فهو خاصٌّ، وإن كانوا أكثرَ من ذلكَ؛ فهو عامٌّ.

وقالَ بعضُهم: ذلك مَوكولٌ إلىٰ رأيِ القاضي، فإنْ رآه خاصًّا قضَىٰ لأهْلِه بالشُّفعةِ، وإن رآه عامًّا؛ قضىٰ للجارِ المُلاصقِ بالشُّفعةِ»[٣]. إلىٰ هنا لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ» [٩٦/٧و/م].

والقَرَاحُ: الأرضُ البارزةُ التي لَم يَختلطْ بِها شيءٌ، والماءُ القَرَاحُ: الَّذي لا يُخالطُه شيءٌ. كذا في «تهذيب الدِّيوان»[٤].

قولُه: (فَإِنْ كَانَتْ سِكَّةٌ غَيْرُ نافِذَةٍ، يَنْشَعِبُ[٥] مِنْهَا سِكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ، وَهِيَ مُسْتَطِيلَةٌ، فَبِيعَتْ دَارٌ فِي السُّفْلَىٰ؛ فَلِأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ خَاصَّةً، دُونَ أَهْلِ العُلْيَا،

(١) الزُّقَاق: الطريق الضيّق نافذًا أو غير نافذ، يذكر ويؤنث، والجمع: أَزِقَّة. ينظر: «مختار الصحاح» [ص/٢٤٠]، «القاموس المحيط» [ص/١١٥٠]، «المعجم الوسيط» [٣٩٦/١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٦/ داماد].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٧٦].

(٤) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٣٧٧/١].

(٥) وقع بالأصل: «ينشعب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَإِنْ بِيعتْ فِي العُلْيَا؛ فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ، وَالْمَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي.

وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ فَهُوَ عَلَىٰ قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: وَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالجُذُوعِ عَلَى الحَائِطِ شَفِيعَ شِرْكَةٍ، وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جِوَارٍ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْعَقَارِ وَبِوَضْعِ الْجُذُوعِ لَا يَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ إِلَّا أَنَّهُ جَارٌ مُلَازِقٌ.

غاية البيان

وَإِنْ بِيعتْ فِي العُلْيَا؛ فَلِأَهْلِ السِّكَّتَيْنِ)، ذكرَها تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ: (وَالمَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَا)، وهو أنَّ حقَّ المُرورِ لأهلِ السُّفلىٰ خاصَّة في الصُّورةِ الأولىٰ، وفي الثَّانيةِ: حقُّ المرورِ لأهلِ السِّكَّتَين جميعًا، فكانوا سواءً في الشُّفعةِ.

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَلَوْ كَانَ نَهْرٌ صَغِيرٌ يَأْخُذُ مِنْهُ نَهْرٌ أَصْغَرُ مِنْهُ؛ فَهُوَ عَلَىٰ قِيَاسِ الطَّرِيقِ فِيمَا بَيَّنَّاهُ)، أيْ: في استِحْقاقِ الشُّفعةِ.

بيانُه: ما قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرح مختصر الكَرْخِيِّ»: «إذا نَزَعَ منهُ نهرٌ آخرُ، فبِيعَتْ أرضٌ شِربُها من النَّهرِ النَّازعِ، فأهلُ النَّهرِ النَّازعِ أحقُّ بالشُّفعةِ من أهلِ النَّهرِ الكَبيرِ؛ لأنَّهم يختصُّونَ بشِرْبِ النَّهرِ النَّازعِ، فإن بِيعتْ أرضٌ على النَّهرِ الكَبيرِ، كانَ أهلُه وأهلُ النَّهرِ النَّازعِ سواءً في الشُّفعةِ؛ لأنَّهم تَساوَوا في استحقاقِ الشِّربِ بالشَّركةِ[1] في عمودِ النَّهرِ»[2].

قولُه [٣/١٠٤و]: (وَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ بِالجُذُوعِ عَلَى الحَائِطِ شَفِيعَ شِرْكَةٍ، وَلَكِنَّهُ شَفِيعُ جوارٍ).

(١) وقع بالأصل: «في الشركة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٦/ داماد].

قَالَ: وَالشَّرِيكُ فِي الخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَىٰ حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ؛ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ، لَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ.

غاية البيان

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَن الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «قالَ هِشَامٌ: سألتُ مُحَمَّدًا ﷺ عَن حائطٍ بينَ دارَيْنِ عليه خشبٌ؛ لصاحبِ هذه الدَّارِ ولصاحبِ الدَّارِ الأُخرىٰ، فبيعَتْ إحْدىٰ الدَّارَينِ، فجاءَ صاحبُ الحائطِ يدَّعِي الشُّفعةَ، وجاءَ الجارُ يدَّعيها، ولا يُعْلَم أنَّ الحائطَ بينهُما إلَّا بالخشبِ الَّذي عليهِ لهُما. قالَ مُحَمَّدٌ: أسألُ المدَّعِيَ للشُّفعةِ البيِّنَةَ أنَّ الحائطَ بينهُما، فإنْ أقامَ بيِّنَةً؛ فهوَ أحقُّ منَ الجارِ؛ لأنَّه شريكٌ، وإن لم يُقِمْ بيِّنةً لم أجعلْه شَريكًا»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ، وذلِكَ لأنَّ استحْقاقَ الحائِطِ بالخشَبِ ظاهرٌ في المِلْكِ، والشُّفعةُ لا تُستحقُّ بالظَّاهِرِ.

قولُه: (قَالَ: وَالشَّرِيكُ فِي الخَشَبَةِ تَكُونُ عَلَىٰ حَائِطِ الدَّارِ جَارٌ)، أيْ: قالَ في بُيوعِ «الجامع الصَّغير».

ولفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ في أصلِ «الجامع الصَّغير»: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه قالَ: الشَّريكُ في الطَّريقِ أحقُّ بالشُّفعةِ مِن الجارِ، فأمَّا الشَّريكُ بالخشبةِ تَكونُ له علىٰ حائِطِ الرَّجلِ، فإنَّما هوَ جارُه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ، وذلِكَ لأنَّه لا يكونُ بوَضعِ الخشبِ شَريكًا في شيءٍ من الدَّارِ، وإنَّما لَه حقُّ الشَّغلِ، فكان جارًا مُلازقًا، فكانَ مُؤَخَّرًا عن الشَّريكِ في الطَّريقِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اجْتَمَعَ الشُّفَعَاءُ؛ فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ، لَا يُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ الأَمْلَاكِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[3].

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٧/ داماد].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص٣٦٢].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

. . . .

غاية البيان

قالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ [٧/٩٦ظ/م] البَغْدَادِيُّ ﷺ في «شرْحه»: «وهوَ أحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ ﷺ، وقالَ في قولٍ آخَرَ: إنَّها على قَدْرِ الأنصباءِ»، وقولُ الشَّافِعِيِّ في الجديدِ: عَلى قَدْرِ الحِصَصِ. كذا في «وجيزهم»[١].

وقالَ في كتابِ «التَّفريع» لأصْحابِ مالكٍ ﷺ: «والشُّفعةُ على قَدْرِ الأنْصِباءِ، وليستْ على عددِ الرُّءوسِ»[٢].

وعنْ أحمدَ ﷺ روايتانِ، واعتمدَ الخِرَقِيُّ ﷺ على قَدْرِ السِّهامِ[٣].

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» ﷺ: «والشُّفعةُ للشُّفعاءِ على عدد رءوسِهم لا على مقاديرِ الأنْصِباءِ[٤].

وصورةُ المسألةِ: دارٌ بينَ ثلاثةِ نفرٍ، لأحدِهِم نصفُها، وللآخَر ثلثُها، وللآخَر سدسُها، فباعَ صاحبُ النِّصفِ نصيبَه، وطلبَ الشَّريكانِ الشُّفعةَ، قضى القاضي بينَهُما بِها نِصفينِ عندَنا.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: قضى بها أثلاثًا، ثُلثاها لصاحبِ الثُّلثِ، وثُلثُها لصاحبِ السُّدسِ على مقاديرِ أنصِبائِهما.

ولوْ أنَّ دارًا بِيعَتْ ولها شفيعانِ جارانِ: جوارُ أحدِهما لثلاثةِ أرْباعِ الدَّارِ، وجوارُ الآخرِ لرُبعِها، أوْ جوارُ أحدِهِما في قَدْرِ شِبْرٍ من الدَّارِ، وطلبا جميعًا الشُّفعةَ؛ يُقْضى بها بينَهما نصفينِ.

---

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١١/٤٧٦].
(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجلاب [٢/٣٣٧].
(٣) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص٨٩].
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/١٥٨]، مخطوط مكتبة عاطف افندي رقم [٨٩٧].

. . . .

وعندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لا تجبُ الشُّفعةُ لِلجارِ.

ولوْ حضَرَ واحدٌ مِن الشُّفعاءِ أوَّلًا وأثبتَ شُفعتَه؛ فإنَّ القاضي يقْضي لَه في جميعِ الدَّارِ بِجميعِ الشُّفعةِ، ثمَّ إذا حضَرَ شَفيعٌ آخَرُ وأثبتَ شُفعتَه فإنَّه يُنظَرُ: إن كانَ الثَّاني شفيعًا مثلَ الأوَّلِ؛ قُضِيَ له بنصفِ الدَّارِ، فإن كانَ الثَّاني أوْلَىٰ مِنَ الأوَّلِ، بأن كانَ الأوَّلُ جارًا، وهذا خليطٌ، فإنَّ القاضيَ يُبْطِلُ شُفعةَ الأوَّلِ، ويقْضي بجميعِ الدَّارِ لِلثَّاني، وإن كانَ الثَّاني دونَ الأوَّلِ في الشُّفعةِ، فإنَّ [٣/١٠٤ظ] القاضي لا يقْضي للثَّاني بالشُّفعةِ.

وكذلِكَ حُكْمُ الشِّراءِ، لوْ أنَّ رَجُلًا اشْترىٰ دارًا وهُو شفيعُها، ثمَّ جاءَ شفيعٌ مثلُه؛ قضىٰ القاضي له بنصفِها، وإن جاءَ شفيعٌ آخَرُ أَوْلَىٰ منهُ، فإنَّ القاضيَ يقْضي لَه بجميعِ الدَّارِ، فإنْ كانَ شفيعٌ دونَه؛ فلا شُفْعَةَ لَه»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» رحمه الله.

احتجَّ الخَصمُ بأنَّ الشُّفعةَ حقٌّ من حقوقِ المِلْكِ، ومِن مَرافقِ المِلْكِ، فوَجَبَ أنْ يتقدَّرَ بقَدْرِ المِلْكِ، كالكَسبِ والغَلَّةِ والثَّمرةِ والوَلدِ والشِّرْبِ والطَّريقِ.

وإنَّما قُلنا: إنَّه حقٌّ مِن حقوقِ المِلْكِ، ومرْفَقٌ من مَرافقِه؛ لأنَّ الشَّرعَ أثبتَ للشَّفيعِ حقَّ الأخذِ؛ ليتمَكَّنَ منَ الانتِفاعِ بمِلْكِه علىٰ سبيلِ الكمالِ، وما يَرْجِعُ إلىٰ تكميلِ المنفعةِ فهُو من حقوقِ المِلْكِ ومَرافقِه، بِخلافِ ما إذا كانَ الشَّفيعُ واحدًا، وهوَ صاحبُ قليلٍ، حيثُ لا يتقدَّرُ بقَدْرِ نصيبِه، بل يأخذُ الكلَّ؛ لأنَّ الشَّرعَ أثبتَ لَه حقَّ الأخذِ لدفْعِ الضَّررِ عَن نفسِه، ومتىٰ لَمْ يَثْبُتْ لَه حقُّ الأخذِ في الكلِّ لم يندفِعِ الضَّررُ، ولمْ يحصُلِ المقْصودُ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٧٧].

. . . .

فإذا آلَ الأمرُ إلى الحُكْمِ بينَ الشَّفيعيْنِ واستحقاقِهما [٩٧/٧و/م]؛ ثبتَ بقَدْرِ المِلْكِ، وجائزٌ ظهورُ[1] التَّفاوتِ في الاستحْقاقِ عندَ الاجتماعِ، وإن لم يكُنْ عندَ الانفِرادِ، كالبُنوَّةِ سببٌ لاستحْقاقِ [كلِّ][2] الميراثِ عندَ الانفِرادِ، وليستْ بسببٍ له عندَ الاجتماعِ، وكالفارسِ والرَّاجِلِ[3] في استحْقاقِ الغَنيمةِ، فحالةَ الانفرادِ يستحقُّ كلُّ فريقٍ تمامَ أربعةِ أخماسِ الغنيمةِ، وعندَ الاجتِماعِ يكونُ نَصيبُ الفارسِ أكثرَ، وسببُ استحْقاقِ الغَنيمةِ هوَ الاستيلاءُ والقهرُ، وكذلِكَ العبدُ إذا قتلَ إنسانًا خطأً وفقَأَ عينَ آخَرَ، أو قطَعَ يدَ آخَرَ؛ يدفعُ إليهما أثلاثًا، وعندَ الانفرادِ يستحقُّ كلُّ واحدٍ منهُما جميعَ العبدِ.

ولَنا: أنَّ التَّساويَ في سببِ الاستحْقاقِ يُوجِبُ التَّساويَ في الاستحْقاقِ، والشُّركاءُ قَد تساوَوا في السَّببِ، فيستَوونَ في الاستِحقاقِ، كما إذا استوتِ الأنْصِباءُ؛ لأنَّ الحُكْمَ يَثْبُتُ على وَفْقِ السَّببِ.

وإنَّما قُلْنا: إنَّهمْ تَساوَوا في السَّببِ؛ لأنَّ سببَ استِحقاقِ الشُّفعةِ في كلِّ المَشْفُوعِ أصلُ الاتِّصالِ بينَ المِلْكَيْنِ وإن قلَّ، بدلالةِ المعْقولِ والحُكْمِ.

أمَّا الحكْمُ: فإنَّ الدَّارَ إذا كانتْ بينَ اثنينِ؛ لأحدِهما عُشْرُها، وللآخرِ تسعةُ الأعشارِ، فباعَ صاحبُ الكثيرِ نصيبَه مِن أجنبيٍّ، فلِصاحبِ القَليلِ أنْ يأخُذَ كلَّ الدَّارِ بالشُّفعةِ بالإجماعِ.

وأمَّا المعْقولُ: فلأنَّ الاتِّصالَ بينَ المِلكَيْنِ إنَّما صارَ سببًا لاستحْقاقِ الشُّفعةِ؛ لدفْعِ ضررِ الدَّخيلِ بسوءِ الصُّحبةِ وأذى المُجاورةِ، وهذا المعْنى يتحقَّقُ في

(١) وقع بالأصل: «الظهور». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «والرجل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

[حقِّ][1] صاحبِ القَليلِ، كما في حقِّ صاحبِ الكَثيرِ، بَل ضررُ الدَّخيلِ في حقِّ صاحبِ القَليلِ أكثرُ؛ لأَنَّ نصيبَ الدَّخيلِ إذا كانَ أكثرَ؛ يكثرُ تصرُّفُه في مِلْكِه، ويكثُرُ تعدِّي تصرُّفِه في مِلْكِه على وجهٍ يتضرَّرُ بِه شريكُه، وإذا كانَ أقلَّ يقلُّ تصرُّفُه، ويقلُّ تعدِّي ضررِ تصرُّفِه.

فكانَ أصلُ الاتِّصالِ في حقِّ صاحبِ القَليلِ في استحْقاقِ الشُّفعةِ مثلَ الاتِّصالِ في حقِّ صاحبِ الكثيرِ من هذا الوجهِ، فيُساويهِ في الاستحْقاقِ، وكثرةُ الاتِّصالِ زيادةٌ في العِلَّةِ، والتَّرجيحُ [١٠٥/٣و] لا يصحُّ بكثرةٍ في العِلَلِ، بَل بقوَّةٍ فيها، ألَا ترىٰ أنَّ أحدَ المدَّعِيَيْنِ إذا أقامَ شاهدَينِ، والآخرَ عشرةً؛ لا يترجَّحُ صاحبُ العَشرةِ؛ لأنَّهما استوَيا في عِلَّةِ الثُّبوتِ.

وقولُه: إنَّه حقٌّ من حقوقِ المِلْكِ، ومَرفِقٌ مِن مرافِقه.

قُلْنا: أَيْش تعْني بهذا؟ أتعْني أنَّه متفرِّعٌ عن المِلْكِ كالثَّمرةِ[2]، أوْ حقٌّ يَثبُتُ بسببِ المِلْك؟

فالأوَّلُ ممنوعٌ لا يُمْكِنُ القولُ بِه؛ لأنَّ تملُّكَ[3] نصيبِ الشَّريكِ لا يتفرَّعُ، ولا يتولَّدُ مِن مِلْكِه، والثَّاني مسلَّمٌ، ولكِنَّ المُستحقَّ بمِلْكِ صاحبِ القَليلِ مثلُ المُستحقِّ بمِلْكِ صاحبِ الكَثيرِ؛ لأنَّهما في سببِ الاستحْقاقِ سواءٌ.

وقولُه: إنَّه لتكميلِ[4] المنفعةِ.

قُلْنا: تكميلُ المنفعةِ يَجبُ أن يكونَ راجعًا إلىٰ عينِ الممْلوكِ، وههُنا حقُّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «في الثمرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «لأنَّه يملك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «لتمليك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ عَلَى مَقَادِيرِ الْأَنْصِبَاءِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مِنْ مَرَافِقِ الْمِلْكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لِتَكْمِيلِ مَنْفَعَتِهِ فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ وَالغلَّةَ وَالْوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ.

وَلَنَا: أَنَّهُمْ اِسْتَوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ فِيسْتَوونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اِنْفَرَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ اِسْتَحَقَّ كَمَالَ الشُّفْعَةِ. وَهَذَا آيَةُ

الأخذِ [٧/٢٤٧/م] في محلٍّ آخرَ.

والمعْنَى في الأصْلِ: أنَّ الولدَ والثَّمرَ متولِّدٌ منَ المِلْكِ، فانقسمَ على قَدْرِ الملْكِ، والشُّفعةُ تستحقُّ بمعْنًى متساوٍ يعتبرُ فيهِ المِلْكُ كالوصيَّةِ لِلجيرانِ، إنَّ صاحبَ النَّصيبِ القليلِ والكثيرِ في الوصيَّةِ[1] سواءٌ. كذا في «**مختصر الأسرار**» وغيرِه.

والجوابُ عمَّا إذا كانَ الابنُ معَ ابنٍ آخرَ: أنَّ الموجودَ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهُما سببُ استحْقاقِ الكلِّ، إلَّا إنَّه لا يُمْكِنُ استحْقاقُ الكلِّ لكلِّ واحدٍ منهما على الكمالِ، فتنصَّفَ بينهُما، وكذلِكَ نَقولُ في وَلِيِّ المقْتولِ خطأً، والمَفْقوءِ عَيْنُه.

والجوابُ عن مسألةِ الفارسِ والرَّاجلِ: أنَّهما لم يتساوَيا في السَّببِ، وهوَ القهرُ والاستيلاءُ، فلَم يتساوَيا في الاستحْقاقِ، والباقي يُعْلَم في نُسَخِ «**طريقة الخلاف**»[2].

قولُه: (فَأَشْبَهَ الرِّبْحَ وَالغلَّةَ)، يعْني: أنَّ الشَّريكينِ إذا اشتريا شيئًا، ولَم يشترِطا شيئًا، ومالُ أحدِهما خمسةٌ، ومالُ الآخرِ عشرةٌ، فحصلَ الرِّبحُ كانَ الرِّبحُ بينهُما أثلاثًا: الثُّلثُ لصاحبِ الخمْسةِ، والثُّلثانِ لصاحبِ العَشرةِ؛ لأنَّ الرِّبحَ فرْعُ المالِ. ومالُهما كذلكَ، وكذلكَ غَلَّةُ العَقارِ المُشتركِ بينَ اثْنينِ أثلاثًا، تكونُ بينهُما أثلاثًا. وكذلِكَ ولدُ الجاريةِ المُشتركةِ أوِ البهيمةِ المُشتركةِ، يكونُ المِلكُ فيهِ لكلِّ واحدٍ بقَدْرِ المِلْكِ في الأمِّ، وكذلكَ ثمرُ النَّخلِ المُشتركِ.

---

(١) وقع بالأصل: «الوصمين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) يعني: يُنْظَر في الكتب التي عُنِيَتْ بذِكْر طريقة الخلاف.

كَمَالِ السَّبَبِ، وَكَثْرَةُ الِاتِّصَالِ تُؤْذِنُ بِكَثْرَةِ الْعِلَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ يَقَعُ بِقُوَّةٍ فِي الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ، وَلَا قُوَّةَ هُنَا لِظُهُورِ الْأُخْرَىٰ بِمُقَابَلَتِهِ وَتَمَلُّكُ مِلْكِ غَيْرِهِ لَا يُجْعَلُ ثَمَرَةً مِنْ ثَمَرَاتِ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَأَشْبَاهِهَا، **وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ؛ فَهِيَ لِلبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَىٰ عَدَدِهِمْ**؛ لِأَنَّ الِانْتِقَاصَ لِلْمُزَاحَمَةِ مَعَ كَمَالِ السَّبَبِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ انْقَطَعَتْ. وَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ غَيْبًا يُقْضَىٰ بِهَا بَيْنَ

قولُه: (**وَلَوْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ حَقَّهُ؛ فَهِيَ لِلبَاقِينَ فِي الكُلِّ عَلَىٰ عَدَدِهِمْ**)، ذكرَها تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ إلىٰ قوله: (**فَلَوْ سَلَّمَ الحَاضِرُ بَعْدَمَا قُضِيَ لَهُ بِالجَمِيعِ؛ لَا يَأْخُذُ القَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ**).

أمَّا إذا أسقطَ بعضُهم حقَّه؛ فإنَّما كانَ الشُّفعةُ لِلباقينَ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُم لوِ انفردَ ثبتَ له حقُّ الأخذِ بالجميعِ، وإنَّما سقَطَ حقُّه عَن بعضِها بالمُزاحمةِ، فإذا سقَطتِ المُزاحمةُ بَقِيَ حقُّه في الجميعِ بحالِه، كالغُرماءِ إذا تخاصَموا في التَّركةِ فأسقَطَ بعضُهم حقَّه؛ سُلِّمَتِ التَّركةُ للباقينَ، وهذا كالقاتِلِ لاثنَينِ إذا عفَا وَلِيُّ أحدِهِما؛ فللآخَرِ القِصاصُ؛ لأنَّ حقَّه ثبتَ في الجَميعِ، فإذا أبرأَ الآخرُ فكأنَّه لم يكُن، وليسَ هذا كالعبدِ إذا قتلَ اثنينِ خطأً، فعفَا وَلِيُّ أحدِهِما؛ أنَّ وَلِيَّ الآخرِ يَبْقَىٰ حقُّه في نصفِ العبدِ، ويُقال للمولىٰ: إمَّا أن تدفعَ إليه نصفَ العبدِ أوْ تفْديه؛ لأنَّ جنايةَ [٣/١٠٥ظ] الخطإِ مالٌ، فإذا تعلَّقتِ الجناياتُ بالرَّقبةِ؛ تضايقتْ فيهِما، فثبتَ لكلِّ واحدٍ منهُما النِّصفُ، فإذا سَلَّمَ الآخرُ؛ لم يعد حقّ الباقي، وليسَ كذلِكَ الشُّفعةُ؛ لأنَّها حقٌّ ليسَ بِمالٍ، فهِيَ بدمِ العبدِ أشبهُ.

وأمَّا إذا كانَ للدَّارِ شَفيعانِ، فحضَرَ أحدُهُما؛ حكمَ له بجميعِها، فإنْ حكمَ لَه ثمَّ جاءَ شفيعٌ آخَر؛ أخذَ منهُ نصفَ الدَّارِ، وإن جاءَ ثالثٌ؛ فلَه أنْ يأْخُذَ مِن يدِ كلِّ واحدٍ ثُلثَ ما في يدِه، حتَّىٰ تكونَ الدَّارُ بينَهُم أثلاثًا علىٰ عددِ رءوسِهم [٧/٩٨و/م]،

الْحُضُورِ عَلَىٰ عَدَدِهِمْ؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ لِعِلَّةٍ لَا يُطْلَبُ، فَإِنْ قَضَى لِحَاضِرٍ بِالْجَمِيعِ ثُمَّ حَضَرَ آخِرٌ يُقْضَىٰ لَهُ بِالنِّصْفِ، وَلَوْ حَضَرَ ثَالِثٌ فَبِثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ، فلو سَلَّمَ الْحَاضِرُ بَعْدَمَا قُضِيَ لَهُ بِالْجَمِيعِ لَا يَأْخُذُ الْقَادِمُ إِلَّا النِّصْفَ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِالْكُلِّ قَطَعَ حَقَّ الْغَائِبِ عَنِ النِّصْفِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَضَاءِ.

وذلكَ لأنَّ حقَّ الغائبِ متعلِّقٌ بالدَّارِ لا يسْقُطُ بغَيْبتِه، وإنَّما قُضِيَ بها للحاضِرِ؛ لأنَّه لا مُزاحمَ لَه، فإذا حضرَ الغائبُ؛ كانَ لَه المطالبةُ بحقِّه حتَّىٰ يُساوي الحاضرَ فيهِ.

فإنْ قَدِمَ الغائبُ فقالَ: أنا آخُذُ النِّصفَ حسْبُ، وقالَ الحاضرُ الَّذي أخَذَ جميعَ الدَّارِ: أنا أُسلِّمُ لكَ الكلَّ، فإمَّا أنْ تأخُذَ الكلَّ وإمَّا أنْ تدعَ؛ فلَه أنْ يأخُذَ النِّصفَ، وليسَ للَّذي كانَ حاضرًا أن يلزمَه أكثرَ مِن ذلِكَ، وذلِكَ لأنَّ حُكمَ الحاكِمِ للحاضِرِ إسقاطٌ لحقِّ الغائِبِ عَن مقْدارِ نَصيبِ الحاضِرِ، فإذا سقطَ حقُّه عَن النِّصفِ؛ لَم يلزمْه أنْ يأخُذَ إلَّا ما تعلَّقَ حقُّه بِه، وليسَ كذلِكَ إذا لمْ يحْكُمِ الحاكمُ، فتركَ أحدُهُما نصيبَه؛ لأنَّ القاضيَ لم يُسْقِطْ حقَّ الآخَرِ عمَّا تعلَّقَ بِه حقُّه.

وإذا سقطتِ المزاحمةُ بَقِيَ حقُّه في الجميعِ، فكأنَّه لم يكُن إلَّا هوَ، فَلا يجوزُ لَه أخْذُ البعضِ، وهذا كما قالوا في رَجُلينِ ادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهُما دارًا في يدِ رَجُلٍ، فأقامَ البيِّنةَ أنَّها لَه، ثمَّ أبْرأَه أحدُهُما مِن الدَّعوىٰ قبلَ الحُكْمِ؛ قضىٰ القاضي بجَميعِ الدَّارِ للآخَرِ، ولوْ حكَمَ بالبيِّنتينِ ثمَّ أبرأَ أحدُهُما مِن الدَّعوىٰ؛ لم يكُنْ للآخَرِ إلَّا النِّصفُ؛ لأنَّ حُكْمَ الحاكِمِ لهُما إسقاطٌ لحقِّ كلِّ واحدٍ منهُما عمَّا قَضىٰ بِه للآخَرِ[1]. كذا ذكَرَ الشيخُ أبو الحُسينِ القُدُوريُّ في شرْحِه لـ«**مُختصر الكَرْخيِّ**» ﷺ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

قَالَ: وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ ومَعْنَاهُ بَعْدَهُ لَا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الِاتِّصَالُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَجْهُ فِيهِ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ الْبَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ، وَالْبَيْعُ يَعْرِفُهَا وَلِهَذَا يُكْتَفَىٰ بِثُبُوتِ [١٥٨/ظ] الْبَيْعُ فِي حَقِّهِ حَتَّىٰ يَأْخُذَهَا الشَّفِيعُ إِذَا أَقَرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يُكَذِّبُهُ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَالشُّفْعَةُ تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1].

وقالَ صاحبُ «الهداية» ﵀: (وَمَعْنَاهُ: بَعْدَهُ لا أَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ)، أيْ: معْنىٰ قولِه: **(تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ)**: تجبُ الشُّفعةُ متعلِّقًا بوجودِ البيعِ علىٰ أنّه الشَّرطُ، لا أنَّه هوَ السَّببُ لوُجوبِ الشُّفعةِ؛ لأنَّ السَّببَ هوَ اتِّصالُ المِلكيْنِ لدفْعِ ضررِ الدَّخيلِ بسوءِ الصُّحبةِ، وأذَىٰ المُجاورةِ علىٰ ما قدَّمناهُ قبلَ هذا.

وقالَ القُدُورِيُّ في شرحِه لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ ﵀»: «والشُّفعةُ تجبُ برغبةِ البائعِ عَن مِلْكِه، بدلالةِ أنَّه لوِ ادَّعىٰ أنه باعَ دارَه مِن زيدٍ، فجحدَ زيدٌ ذلِكَ؛ وجبَتِ الشُّفعةُ لأجْلِ اعترافِه بخروجِ الشَّيءِ عَن مِلْكِه، وإن لَم يحْكمْ بدُخولِه في مِلْكِ المُشْتَرِي».

ثمَّ قالَ: «وهذا المعْنىٰ هوَ سببُ الشُّفعةِ»[2].

وقالَ أَبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﵀ في «مختصره»: «والشُّفعةُ تجبُ بِالبيعِ، وتستحقُّ بالإشْهادِ، وتُمْلَكُ بالأخْذِ»[3]. إلىٰ هنا لفظُه ﵀.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ ﵀ في «شرحه»: «الأصلُ في هذا: أنَّ الشُّفعةَ تجبُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦٤].

قَالَ: وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ وَالطَّلَبِ لِيُعْلَمَ بِذَلِكَ رَغْبَتُهُ فِيهِ دُونَ إِعْرَاضِهِ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِثْبَاتِ طَلَبِهِ عِنْدَ الْقَاضِي وَلَا يُمْكِنُهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ.

بِالبيعِ، وتستحقُّ بالطَّلبِ، وتُمْلَكُ بالأخذِ، ومعْنىٰ قولِنا: تجبُ بِالبيعِ وتُستحقُّ بالطَّلبِ. فإنَّ الشَّفيعَ لَو طلبَ الشُّفعةَ قبلَ البيعِ لمْ يصحَّ طلبُه، ولوْ سلَّمَ الشُّفعةَ قبلَ البيعِ فتسليمُه باطلٌ، ولوْ سلَّمَ بعدَ البيعِ وهوَ لا يعْلمُ بِالبيعِ؛ بطلتْ [٧/٩٨ظ/م] شُفعتُه؛ لأنَّ التَّسليمَ حصلَ بعدَ وُجوبِه، ولوْ سكتَ بعدَ البيعِ ولَم يطلُبْ فإنَّ سكوتَه بعدَ العلمِ يُبْطِلُ شُفعتَه، وإن كانَ لا يعلمُ بِالبيعِ لم تَبْطُلْ شُفعتُه بالسُّكوتِ»[1].

[٣/١٠٦و] قولُه: (قَالَ: وَتَسْتَقِرُّ بِالإِشْهَادِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[2]، وإنَّما تستقرُّ بالإشهادِ؛ لأنَّها حقٌّ ضعيفٌ يسْقُطُ بالإعراضِ[3]، ولا يعلمُ أنَّه مطالبٌ وليسَ بمُعْرضٍ إلَّا بالإشهادِ.

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ).

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «والطَّلبُ طلبانِ: طلبُ مُواثبةٍ، وطلَبُ استحقاقٍ.

أمَّا طلبُ المُواثَبةِ: فعندَ سَماعِ البيعِ مِن غَيرِ سُكوتٍ، ويُشْهِدُ علىٰ طلبِه شهودًا، ثمَّ لا يمكثُ حتَّىٰ يذهبَ إلىٰ المُشْتَرِي أوْ إلىٰ البائعِ إن كانَتِ الدَّارُ في يدِه، أوْ إلىٰ الدَّارِ المَبيعةِ، وإن كانَتِ الدَّارُ في يدِ المُشْتَرِي؛ إنْ شاءَ أشهدَ علىٰ المُشْتَرِي بطلَبِ الشُّفعةِ، وإن شاءَ أشهدَ عندَ الدَّارِ، ولوْ طلَبَ مِن البائعِ بطلتْ شُفْعتُه.

ويطلبُ عندَ واحدٍ مِن هؤلاءِ طلبًا آخرَ، وهوَ طلبُ الاستحْقاقِ، ويشهدُ عليهِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٧].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

(٣) وقع بالأصل: «بالاعتراض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: **وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ حَكَمَ بِهَا حَاكِمٌ**؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي قَدْ تَمَّ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الشَّفِيعِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي كَمَا فِي الرُّجُوعِ وَالْهِبَةِ.

غاية البيان

شهودًا، وإذا أثبتَ الشَّفيعُ شُفعَتَه بطَلبيْنِ وأبى المُشْتَرِي أن يُسلِّمَها إليْهِ؛ فهوَ على شُفعَتِه أبدًا، ولا تَبطُلُ شُفعَتُه بعدَ ذلكَ بتَركِ الطَّلَبِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عَن مُحَمَّدِ بنِ الحسَنِ رحمه الله أنَّه قالَ: إذا مضى شهرٌ ولَم يطلُبْ مرَّةً أُخرى؛ بَطلَتْ شُفعتُه، وهوَ إحْدى الرِّوايتينِ عَن أبي يوسُف رحمه الله، ورُوِيَ عنهُ في روايةٍ أُخرى: له أن يطالبَ في كلِّ مجلسٍ من مَجالسِ القاضي، فإن ترَكَ مجلسًا من مجالِسِ القاضي بطَلَتْ شُفعتُه»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رحمه الله».

قولُه: ([قَالَ][2]: وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ إِذَا سَلَّمَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ حَكَمَ بِهَا حَاكِمٌ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»[3]، وذلِكَ لأنَّ المِلكَ للمُشْتَرِي، ثمَّ لتحقُّقِ سببِ المِلْكِ، وهوَ الشراءُ القاطعُ، ثمَّ لا ينتقلُ عنهُ المِلْكُ إلى الشَّفيعِ إلَّا بِرِضاهُ؛ لأنَّ تملُّكَ مِلْكِ الغَيرِ لا يجوزُ بِدونِ رِضاهُ، إلَّا أنَّ الشَّرعَ جعلَ لِلشَّفيعِ حقَّ التَّملُّكِ، ولِلقاضي ولايةٌ عامَّةٌ، فإذا قضى بالشُّفعةِ وأخذَها الشَّفيعُ ملَكَها.

ولا يَمْلِكُ الشَّفيعُ الدَّارَ قبلَ تَسليمِ المُشْتَرِي إليْهِ أو قضاءِ القاضي، وإن أثبتَ شُفعَتَه بطَلبينِ: طلبِ المُواثبةِ وطلبِ التَّقريرِ، حتى أنَّ المَبيعَ لوْ كانَ كَرْمًا، فأكَلَ المُشْتَرِي ثمارَه سنينَ؛ فإنَّه لا يكونُ مَضمونًا عليْه، ولا يطرَحُ عنِ الشَّفيعِ شيءٌ منَ الثَّمنِ لِمَا أكلَ مِن ثِمارِه إذا كانتِ الثِّمارُ حدثَتْ بعدما قبضَ المُشْتَرِي الكَرْمَ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٧٧].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ وَبَاعَ دَارَهُ الْمُسْتَحَقَّ بِهَا الشُّفْعَةُ أَوْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِ الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ قَبْلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ تَسْلِيمِ الْمُخَاصِمِ لَا يُورَثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى وَيَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ؛ لِانْعِدَامِ المِلْكِ لَهُ.

ثُمَّ قَوْلُهُ: تَجِبُ بِعَقْدِ البَيْعِ بَيَانٌ أَنَّهُ لَا تَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَاوَضَةِ المَالِ بِالمَالِ

غاية البيان

فَهذا معْنى قولِنا: إنَّه يُمْلَكُ بالأخذِ لا بالطَّلبِ على الانفِرادِ[1]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

قولُه: (وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ هَذَا)، أيْ: فائدةُ قولِه: (وَتُمْلَكُ بِالأَخْذِ).

قولُه: (بَعْدَ الطَّلَبَيْنِ)، أرادَ بِهما طلبَ المُواثبةِ، وطلبَ التَّقريرِ، ويُسمَّى طلبُ التَّقريرِ طلبَ الإشهادِ أيضًا.

قولُه: (لَا يُورَثُ عَنْهُ فِي الصُّورَةِ [٧/٩٩و/م] الأُولَى)، أي: فيما إذا ماتَ الشَّفيعُ بعدَ الطَّلَبينِ قبلَ الأخذِ.

قولُه: (وَيَبْطُلُ شُفْعَتُهُ فِي الثَّانِيَةِ)، أيْ: في الصُّورةِ الثَّانيةِ، وهيَ ما إذا باعَ دارَه المُستحقّ بها الشُّفعةُ قبلَ أخْذِ الدَّارِ المَشفوعةِ؛ لأنَّ سببَ الشُّفعةِ اتصالُ مِلْكِ الشَّفيعِ بِالدَّارِ المَشفوعةِ، وقَد زالَ الاتِّصالُ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ لعدَمِ سببِه.

قولُه: (وَلَا يَسْتَحِقُّهَا فِي الثَّالِثَةِ)، وهيَ ما إذا بِيعَتْ دارٌ أُخرى بجَنْبِ هذِه الدَّارِ المشْفوعةِ قبلَ أخذِ الدَّارِ المشْفوعةِ بتسْليمِ المُخاصمِ، وهو المُشْتَرِي، أوْ بقضاءِ [٣/١٠٦ظ] القاضي.

قولُه: (لَا تَجِبُ إِلَّا عِنْدَ مُعَاوَضَةِ المَالِ بِالمَالِ).

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٧].

عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «والشُّفعةُ فيما إذا مُلِكَتْ بِعِوضٍ هو عينُ مالٍ، فأمَّا إذا[1] مُلِكَتْ بغير عِوَضٍ، كالهبةِ والصَّدقةِ والوصيَّةِ والميراثِ؛ فلا شُفعةَ فيها، وكذا لو مُلِكَتْ بِعِوَضٍ ليسَ بعينِ مالٍ، كما إذا جعلَه مهرًا في النِّكاحِ، أو بدلًا في الخُلعِ، أو صُولِحَ مِن دمٍ عمدٍ؛ فلا شُفْعةَ فيهِ، ولوْ تزوَّجَها علىٰ مهرٍ مُسمًّىٰ، ثمَّ باعَ دارَه منِ امرأتِه بذلِكَ المَهرِ، أوْ تزوَّجَها بغيرِ مهرٍ مسمًّىٰ، ثمَّ باعَ دارَه منْها بمهْرِ المِثْلِ؛ وجَبَتْ فيها الشُّفعةُ.

ولوْ تزوَّجَها علىٰ الدَّارِ، أوْ تزوَّجَها علىٰ غيرِ مهرٍ مسمًّىٰ، ثمَّ فَرَضَ لها دارَه مهرًا؛ فَلا شُفْعَةَ فيها، ولوْ صُولِحَ علىٰ الدَّارِ منَ الجنايةِ الَّتي تُوجبُ الأَرْشَ دونَ القصاصِ؛ تجِبُ فيها الشُّفعةُ بالأَرْشِ، فلوْ جعلَها أُجرةً في الإجاراتِ؛ فلا شُفْعةَ فيها؛ لأنَّ بدلَها ليسَ بعينِ مالٍ»[2].

قولُه: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ)، أي: في باب ما يجبُ فيهِ الشُّفعةُ وما لا يجبُ.

والله أعلَمُ بِالصَّوابِ.

(١) وقع بالأصل: «فإذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٢٧٧].

بَابُ
طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالخُصُومَةِ فِيهَا

قَالَ: وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالبَيْعِ؛ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ.

غاية البيان

بَابُ
طَلَبِ الشُّفْعَةِ وَالخُصُومَةِ فِيهَا

لمَّا لمْ يكُنْ لِلشُّفعةِ ثُبوتٌ بِدونِ الطَّلبِ: شرعَ في بيانِ الطَّلبِ وتَقْسيمِه وكيفِيَّتِه، وسُمِّيَ الطَّلبُ الأوَّلُ: طلبَ المَوَاثبةِ تَبرُّكًا بلفظِ الحَديثِ، وهوَ قولُه ﷺ: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»[1]، أيْ: طلبَها على وَجْهِ السُّرعةِ والمُبادرةِ، مُفاعلةٌ منَ الوُثوبِ علىٰ الاستِعارةِ؛ لأنَّ من يَثِبُ هوَ الذي يُسْرِعُ في طَيِّ[2] الأرضِ بِمَشْيِهِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالبَيْعِ؛ أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى المُطَالَبَةِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[3].

والمرادُ مِنَ المُطالبةِ: طلبُ المُواثبةِ، والإشهادُ فيهِ في المجلسِ ليسَ بشرطٍ، والشَّرطُ هوَ نفْسُ الطَّلبِ، وإنَّما يُشْهدُ فيهِ؛ لأنَّه لا يُصدَّقُ على الطَّلبِ إلَّا ببيِّنةٍ،

---

(١) قال الزَّيلعيُّ: «غريبٌ». وقال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث قد رُوِيَ معناه من حديث ابن عُمَر يرفعه: «الشُّفعة كحَلِّ العِقَال». أخرجه البزار والبيهقي وابن ماجه ولم يَثْبُت». وقال ابنُ حجر: «لم أجده، وإنما ذكرَه عبد الرزاق مِن قول شُرَيح، وكذا ذكره قاسمُ بن ثابت في أواخر «غريب الحديث»، وفي المعنى ما أخرجه ابن ماجه والبزار وابن عدي من حديث ابن عُمَر رفعَه: «الشُّفعة كحَلِّ العِقَال». وإسناده ضعيف». ينظر: «نصب الراية» للزَّيلعيِّ [٤/١٧٦]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» [٥/٦٩٢]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٢٠٣].

(٢) وقع بالأصل: «وطء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

. . . .

فإنْ لَم يكُنْ بِحَضْرَتِه مَن يُشهِدُه، قالَ: إني مُطالِبٌ بالشُّفعةِ، ثمَّ ينهضُ إلىٰ مَن يُشْهدُه، وإنَّما يفعلُ ذٰلِكَ حتىٰ لا يسْقُطَ حقُّ الشُّفعةِ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالىٰ.

والأصلُ هنا: أنَّ طلبَ الشُّفعةِ على الفَوْرِ في روايةٍ، وفي روايةِ هِشامٍ: علىٰ المجْلسِ، وهوَ اختيارُ [٧/٩٩ظ/م] الكَرْخِيِّ[1].

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا بِيعَتِ الدَّارُ ولها شفيعٌ، فبلَغَ ذلكَ الشَّفيعَ؛ فإنَّ مُحَمَّدًا ﷺ قالَ في «الأصل»[2]: إن لَم يطلُبْ مكانَه؛ بطلَتْ شُفعتُه».

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحِه»: «وهذا يَقتَضي أنَّ الطَّلبَ علىٰ المجلِس»[3].

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «وقالَ ابنُ سَمَاعَةَ عَن أبي يوسُف ﷺ: إن لَمْ يطلُبْ حينَ بلَغَه؛ بطَلَتْ شُفعتُه».

وقالَ في موضعٍ آخَرَ: «فإن لَم يطلُبْ شيئًا ساعتَئذٍ؛ بطَلَتْ شُفعتُه».

قالَ: «وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ».

قالَ القُدُورِيُّ: «وهذا يقتَضي أنَّ الطَّلبَ علىٰ الفَورِ».

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «وقالَ ابنُ رُسْتُم عَن مُحَمَّدٍ ﷺ [إذا بلغتِ الشُّفعةُ صاحبَها

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢٠]، «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٣٥٢]، «الإيضاح» للكرماني [ق/١٦١]، «المبسوط» للسرخسي [١٤/١١٦]، «تحفة الفقهاء» [٣/٥٢]، «بدائع الصنائع» [٤/١١٧ ـ ١١٩]، «الاختيار لتعليل المختار» [٢/٤٤]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٥٦]، «الفتاوىٰ الهندية» [٥/٢١٣، ٢٢٩].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣١٦ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

. . . .

فسكَتَ؛ فهوَ رضًا، وهو تركٌ للشُّفعةِ».

قالَ القُدُورِيُّ: «وهذا يدلُّ أنَّه على الفورِ».

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «وقالَ هِشامٌ عَن مُحَمَّدٍ][1] في «نوادره»: إذا بلَغَه فسكتَ هنيهةً، ثمَّ ادَّعاها مِن ساعتِه؛ فهوَ على شُفْعَتِه».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ: «وهذا يُفيدُ المجلسَ».

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَى ﷺ: «إنْ ترَكَ الطَّلبَ ثلاثةَ أيامٍ؛ بطَلَتْ شُفعتُه».

وقالَ [٣/١٠٧و] الشَّعْبِيُّ: «إنْ ترَكَها يومًا بطَلَتْ».

وقالَ شَرِيكٌ: «لا تَبْطُلُ أبدًا حتَّى يُبْطِلَها بقولِه»[2]. كذا ذَكرَ القُدُورِيُّ في «شرحه».

وقالَ في «شرح الأَقْطَعِ»: وللشَّافِعِيِّ ﷺ أربعةُ أَقوالٍ[3]:

أحدُها: أنَّها على الفورِ.

والآخرُ: ثلاثةُ أيامٍ.

والآخرُ: علىٰ التَّأبيدِ، إلَّا أنَّ للمُشْتَرِي مطالبةَ الشَّفيعِ بالأخْذِ أوِ الإسْقاطِ.

والرَّابعُ: أنَّها على التَّأبيدِ، وليسَ للمُشْتَرِي مطالبةُ الشَّفيعِ بشيءٍ.

وجهُ روايةِ الفَورِ: قولُه ﷺ: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»[4]، وقولُه ﷺ: «إِنَّمَا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

(٣) ينظر «المهذب» للشيرازي [٢/٢١٨ ـ ٢١٩]، و«البيان» للعمراني [٧/١٣٢].

(٤) مضىٰ تخريجه.

اِعْلَمْ أَنَّ الطَّلَبَ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: طَلَبُ الْمُوَاثَبَةِ وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ،

الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ إِنْ قَيَّدْتَهَا ثَبَتَتْ وَإِلَّا ذَهَبَتْ»(١)(٢).

ووجهُ روايةِ المجلسِ: أنَّه خيارُ تملُّكٍ كخيارِ القبولِ والمخيَّرةِ؛ لأنَّه يَرْتَئِي لينظرَ هَل يصلحُ له الأخذُ أوْ لا يصلحُ، وذلكَ لا يُمْكِنُ عَلىٰ الفَورِ، وإذا ثبتَ أنَّها علىٰ المجلسِ ـ وهوَ أصحُّ الرِّوايتينِ ـ(٣)؛ كانَ علىٰ شُفْعَتِه ما لم يَقُمْ، أوْ يتشاغلْ بغيرِ الطَّلبِ.

قولُه: (وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَهَا كَمَا عَلِمَ)، أيْ: علىٰ الفَورِ، سواءٌ كانَ عندَه إنسانٌ أو لمْ يكُنْ.

وفي كتاب «الأجناس» نُقِلَ عَن كتابِ «الشُّفعة» لمُوسىٰ بنِ نَصْرٍ(٤) صاحبِ محمَّدِ بنِ الحسَنِ: يحتاجُ الشَّفيعُ أن يطلُبَها ساعةَ بَلغَهُ البيعُ، ويتكلَّمُ بلسانِه بالطَّلبِ، حَضَرهُ الشُّهودُ أوْ لمْ يحضرْه(٥).

وقالَ الحسنُ بنُ زيادٍ ﷺ مِن قَولِ نَفْسِه: ليسَ عليْه أَن يتكلَّمَ بِالطَّلبِ إذا لَم

(١) قال ابنُ حجر: «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطَّيِّب وابن الصَّبَّاغ والماورديُّ هكذا بلا إسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عُمر بلفظ: «الشّفعة كحَلِّ العِقالِ، فإنْ قيَّدها مَكَانَه ثَبت حقُّه، وإلا فاللَّوْم عليه». ذكره عبد الحق في «الأحكام» عنه، وتعقَّبه ابنُ القطان: بأنه لم يره في «المحلى». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [١٩٢٠/٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٢٣].

(٣) وهو مختار صاحب «الإيضاح» للكرماني [ق/١٦١].

(٤) هو موسىٰ بن نصر أبو سهل الضرير البغداديّ الحنفي المعروف بـ: الرازيّ، كان مِن أصحاب محمد بن الحسن، تفقَّه عليه أبو عليّ الدقاق، وأبو سعيد البردعيُّ. له مِن التصانيف «كتاب الخراج» و«كتاب المَخارج». و«مختصر» في الفروع. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١٨٨/٢]. و«المِرْقَاة الوفِيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْروزآبادِيّ [ق/٦٩/ب/ مخطوط مكتبة رئيس الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)]، و«هدية العارفين» للبغدادي [٤٧٧/٢].

(٥) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٠٨/٢].

حَتَّىٰ لَوْ بَلَغَهُ الشَّفِيعُ الْبَيْعَ وَلَمْ يَطْلُبْ شُفْعَةَ بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِقَوْلِهِ ﷺ: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا» وَلَوْ أَخْبَرَ بِكِتَابٍ وَالشُّفْعَةُ فِي أَوَّلِهِ أَوْ فِي وَسَطِهِ فَقَرَأَ الْكِتَابُ إِلَىٰ آخِرِهِ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَعَلَىٰ هَذَا عَامَّةُ الْمَشَايِخِ ﷺ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ. وَعَنْهُ أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ الْعِلْمِ، وَالرِّوَايَتَانِ فِي النَّوَادِرِ. وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ التَّمَلُّكِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ زَمَانِ التَّأَمُّلِ كَمَا فِي

غاية البيان

يكُنْ بحَضْرَتِه أحدٌ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلى ما ذكرَ قبلَ هذا البابِ بأحدَ عشرَ خطًّا بقولِه: (لِأَنَّهُ حَقٌّ ضَعِيفٌ يَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ).

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا عَامَّةُ الْمَشَايِخِ)، يعني: أنَّ عامَّةَ المشايخِ علىٰ أنَّ طلبَ [٧/١٠٠و/م] الشُّفعةِ على الفورِ.

قولُه: (وَعَنْهُ أَنَّ لَهُ مَجْلِسَ الْعِلْمِ)، أيْ: رُوِيَ عَن مُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ للشَّفيعِ مجلسَ العلمِ.

قولُه: (وَبِالثَّانِيَةِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ ﷺ)، أيْ: بالرِّوايةِ الثَّانيةِ أخذَ الكَرْخِيُّ.

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ في «مختصَره» بعدَ ما ذكرَ فيهِ رواياتِ «الأصل» و«النَّوادر»: «وليسَ هذا عِندي اختلافًا في روايةٍ ولا معنًى؛ لأنَّ جميعَ هذِه العِباراتِ إنَّما أُريدَ بِها ألَّا يكونَ الطَّلبُ مُتراخيًا عنِ الحالِ، تَراخيًا يدلُّ علىٰ ترْكِ المُطالبةِ بِالشُّفعةِ، أوِ الإعْراضِ عنْها، وهوَ عِندي علىٰ مثالِ ما قالوا في المُخيَّرةِ في الطَّلاقِ في رجلٍ قالَ لزوجتِه: أمْرُكِ بيدِكِ. وكخيارِ المُشْتَرِي إذا أوجبَ لَه البائعُ البيعَ، قالَ: قَد بعتُك هذا العبدَ بألفٍ؛ فَلِلمُشْتَرِي خيارُ الرَّدِّ أوِ القبولِ في المجلسِ ما لمْ يظهرْ منهُ ما يستدلُّ بِه علىٰ الإعْراضِ عَن الجوابِ، والتَّركِ لَه».

الْمُخَيَّرَة، وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ الْبَيْعُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، أَوْ: لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ، أَوْ قَالَ: سُبْحَانَ اللهِ، لَا يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ حَمِدَ عَلَى الْخَلَاصِ مِنْ جِوَارِهِ، وَالثَّانِي تَعَجَّبَ مِنْهُ لِقَصْدِ إِضْرَارِهِ، وَالثَّالِثُ لِافْتِتَاحِ كَلَامِهِ فَلَا يَدُلُّ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى الْإِعْرَاضِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ مَنْ اِبْتَاعَهَا وَبِكَمْ بِيعَتْ؛ لِأَنَّهُ يَرْغَبُ فِيهَا بِثَمَنٍ [١٥٩/ر] دُونَ ثَمَنٍ وَيَرْغَبُ عَنْ مُجَاوِرَةِ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، وَالْمُرَادُ

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ قَالَ بَعْدَمَا بَلَغَهُ الْبَيْعُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، أَوْ: لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ، أَوْ قَالَ: سُبْحَانَ اللهِ، لَا يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «قالَ هِشَامٌ في «نوادره»: سألتُ مُحَمَّدًا عَن رجلٍ قيلَ لَه: إنَّ فلانًا باعَ دارَه، وهوَ شفيعُها. فقالَ: الحمدُ للهِ قدِ ادَّعيتُ شُفعتَها، أوْ قالَ: سبحانَ اللهِ، أوْ قالَ: اللهُ أكبرُ قدِ ادَّعيتُ شُفعتَها، أو لَقِيَ صاحبَه الَّذي يدَّعِي الشُّفعةَ قبْلَه، فبدأَه بِالسَّلامِ قبلَ أن يدَّعيَ الشُّفعةَ، ثمَّ ادَّعاها، أو قالَ حيثُ أُخبِرَ بِالبيعِ: مَن اشتَراها؟ [٣/١٠٧ط] أوْ بكمْ باعَها؟ أو عطسَ صاحبُه فشمَّتَه قبلَ أن يدَّعيَ الشُّفعةَ، ثمَّ ادَّعاها. قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هوَ في هذا كلِّه على شُفْعَتِه»(١).
إلى هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وأوردَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه» سؤالًا وجوابًا فقالَ: «فإن قيلَ: إذا قالَ: الحمدُ للهِ، أوْ سبحانَ اللهِ؛ فهُوَ إعراضٌ.

قُلْنا: هذا يُذْكَرُ لافتِتاحِ الكلامِ، فلا يدلُّ على إعْراضِه، فكذلكَ السَّلامُ، وتشميتُ العاطسِ ليسَ بعملٍ يدلُّ على الإعْراضِ، وكذلكَ لا يَبْطُلُ بِه خيارُ المُخَيَّرَةِ.

وأمَّا قولُه: مَن ابتاعَها؟ ويكم بِيعَتْ؟ فليسَ بإعراضٍ، وإنَّما هوَ سببُ الطَّلبِ، ألَا ترى أنَّها قد تصلحُ لَه بثمنٍ دونَ ثمنٍ، وتصلُح في مجاورةِ رَجُلٍ دونَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: أَشْهَدَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ طَلَبَ الْمُوَاثَبَةِ، وَالْإِشْهَادُ فِيهِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، إِنَّمَا هُوَ لِنَفْيِ التَّجَاحُدِ وَالتَّقْيِيدِ بِالْمَجْلِسِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا اخْتَارَهُ الْكَرْخِيُّ ﷺ. **وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ** كَمَا لَو قَالَ: طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ أَوْ أَطْلُبُهَا أَوْ أَنَا طَالِبُهَا؛ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعْنَى.

غيرِه، والمسألةُ عَن ذلِكَ من أسبابِ الشُّفعةِ، فَلا يسقطُها».

وقالَ في «النوازل»: «سُئلَ أبو بكرٍ البَلْخِيُّ ﷺ عنِ الشَّفيعِ إذا سَلَّمَ علَى المُشْتَرِي. قالَ: تبْطُلُ شُفعتُه».

قولُه: (**وَيَصِحُّ الطَّلَبُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفْهَمُ مِنْهُ طَلَبُ الشُّفْعَةِ**)، ذكرَه على سبيلِ التَّفريعِ أيضًا.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ في كتابِ «العيون»: «قالَ هِشامٌ: سألتُ مُحَمَّدًا ﷺ عَن رَجُلٍ حينَ طلبَ الشُّفعةَ: أنا أطلبُها. ولم يقُلْ: قَد طلبتُها. قالَ: هوَ على [٧/١٠٠ط/م] شُفْعَتِه، لأنَّ معنى قولِه: أنا أطلُبُها. قَد طلبْتُ»[١].

وقالَ النَّاطِفِيُّ ﷺ في «الأجناس»: «قالَ في «الهَارُونِيّ»[٢]: إذا قالَ الشَّفيعُ: أشهدُكُم على شُفعتِي؛ كانَ ذلِكَ منهُ طلبًا، ولهُ الشُّفعةُ.

وفي «نوادر أبي يوسُف ﷺ» روايةَ عَلِيِّ بنِ الجَعْدِ: لوْ قالَ الشَّفيعُ: لي فيها شُفْعَةٌ وأَنا أطلُبُها؛ كانَ طلبًا صحيحًا ولهُ الشُّفعةُ، ولوْ قالَ: لي فيما اشتريتُ شُفعةٌ؛ لا يكونُ طلبًا وبطلَتْ شُفعتُه؛ لأنَّه أخبرَ بِما لهُ مِن الحقِّ، ولمْ يطلُبْه، ولا كذلكَ قولُه: أنا أطلبُها؛ لأنَّ تقديرَه قَد طلبتُها، كقولِه: أشهدُ ألَّا إلهَ إلَّا اللهُ. معْناه: قد

(١) ينظر: «عُيُون المَسَائِل» لأبي الليث السمرقندي [ص٢٦٠ - ٢٦١].

(٢) سبق بيان أن الهَارُونِيّ أو الهَارُونِيَّات: هي المسائل التي جَمَعَها محمدُ بن الحسن الشيبانيُّ في ولاية هارون الرشيد.

وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ بَيْعُ الدَّارِ؛ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الإِشْهَادُ حَتَّىٰ يُخْبِرَهُ بِذَلِكَ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، صَبِيًّا كَانَ أَوِ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الْخَبَرُ حَقًّا.

شهدتُ بذلِك.

وقالَ مُحَمَّدٌ في «نوادر هشام» ﷺ: قولُ الشَّفيعِ قدِ ادَّعيتُ شُفعتَها؛ كانَ ذلِك طلبًا صحيحًا»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «الأجناس».

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» ﷺ: «ولفْظُ الطَّلبِ رُوِيَ عن مُحَمَّدِ بن مُقَاتِلٍ الرَّازِيِّ ﷺ: أنَّ الشَّفيعَ يقولُ: طلبتُ الشُّفعةَ، وأطلبُها، وأنا طالبُها.

وعَن مُحَمَّدِ بنِ سَلَمَةَ ﷺ: أنَّهُ يَقولُ: طلبتُ الشُّفعةَ فحسْبُ.

ورُوِيَ عَن الفقيهِ أبي جعفرٍ الهِنْدُوَانِيِّ ﷺ أنَّه كانَ يَقولُ: لا يُرَاعَىٰ ألفاظُ الطَّلبِ، فإذا طلبَ الشُّفعةَ بأيِّ لفظٍ كانَ بعدَ أن يُعْرَفَ أنَّه قَد طلبَها؛ فقَد كُفِيَ؛ لأنَّ مُحَمَّدًا لم يشتَغِلْ في كُتبِه بِمراعاةِ اللَّفظِ»[2].

قولُه: (وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ بَيْعُ الدَّارِ؛ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الإِشْهَادُ حَتَّىٰ يُخْبِرَهُ بِذَلِكَ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَقَالَا: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، صَبِيًّا أَوِ امْرَأَةً إِذَا كَانَ الْخَبَرُ حَقًّا)[3]، ذكرَه أيضًا علىٰ سبيلِ التَّفريعِ.

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٠٦/٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٧٧].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٥٢/٣]، «بدائع الصنائع» [١١٧/٤ ـ ١١٩]، «العناية شرح الهداية»=

وَأَصْلُ الاخْتِلَافِ فِي عَزْلِ الوَكِيلِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ،

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «قالَ ابنُ شُجاعٍ عَن الحسَنِ [والنَّمِر[1] عن الحسَنِ][2] عَن أبي يوسُف [٣/١٠٨و] ﷺ: إذا اشْترىٰ الرَّجلُ دارًا، فبلَغَ الشَّفيعَ؛ فعليْه أن يُشْهدَ إذا بلغَه ذلِكَ، كانَ المُخْبرُ حرًّا أوْ عبدًا، أوْ صبيًّا أو امرأةً، عدلًا أو غيرَ عدْلٍ، إذا كانَ الخبرُ حقًّا».

قالَ أبو الحسَنِ: «وكذلكَ رَوَىٰ مُحَمَّدٌ عَن أبي يوسُف ﷺ وهوَ قولُه، ورَوَىٰ هشامٌ عن مُحَمَّدٍ قالَ: سمعتُه يقولُ: إذا أخبرَ الشَّفيعَ رجلٌ واحدٌ، وكانَ خبرُه حقًّا، أو أخبرَه صبيٌّ، وكانَ الخبرُ حقًّا؛ بطلتْ شُفعتُه، فأمَّا في قياسِ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: فحتَّىٰ يُخبرَه رَجُلانِ، أو رجلٌ عدلٌ»[3]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وجهُ قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هَذا الخبرَ أَخذَ شَبَهًا مِن أصلَيْنِ منَ الشَّهادةِ؛ لأنَّه يُوجِبُ الضَّمانَ علىٰ المولىٰ فيما إذا أخبرَه بجنايةِ عبْدِه فأعتَقَه، حيثُ يَصيرُ مختارًا لِلفداءِ، ويسْقطُ حقُّ الشَّفيعِ، وأخَذَ شَبهًا منَ الإخبارِ؛ لأنَّه لا يُعتبرُ فيهِ لفظةُ الشَّهادةِ [٧/١٠١و/م]، فألحقَ بالشَّبهينِ، فاعْتُبِرَ فيهِ أحدُ شَطْري الشَّهادةِ، إمَّا العددُ، أوِ العدالةُ.

ووجهُ قولِهما: أنَّه مِن أَخبارِ المُعاملاتِ، فيُقْبَلُ فيهِ قولُ الواحِدِ، عدلًا كانَ أَو غيرَ عدلٍ، كسائِرِ أَخبارِ المُعاملاتِ.

قولُه: (**وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِدَلَائِلِهِ وَأَخَوَاتِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ**)، أيْ: في آخرِ فصْلِ القَضاءِ

= [٣٨٣/٩]، «تبيين الحقائق» [٢٤٣/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٦/١]، «البناية شرح الهداية» [٣٠٤/١١].

(١) هو النَّمِرُ بن جِدَارٍ الأسديُّ الكوفيُّ. ينظر «الإكمال» لابن ماكولا [٢٧٩/٧]. والحسن: هو ابن زياد اللؤلؤيّ.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٨/ داماد].

وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُخَيَّرَةِ إِذَا أُخْبِرَتْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيْهِ إِلْزَامُ حُكْمٍ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيْهِ وَالْعَدَالَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي الْخُصُومَةِ.

وَالثَّانِي: طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالإِشْهَادِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْقَاضِي عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُمْكِنُهُ الْإِشْهَادُ ظَاهِرًا عَلَىٰ طَلَبِ الْمُوَاثَبَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ فَوْرِ

غاية البيان

بِالمواريثِ مِن كتابِ أَدَبِ القاضي.

ومِن أخواتِه: المولىٰ إذا أخبرَ بِجنايةِ عَبْدِه فأعتقَه، والبِكرُ إذا سكتَتْ بعدَما أُخبِرَتْ بإنكاحِ[1] الوَليِّ، والَّذي أسلمَ ولم يُهاجرْ إلَيْنا، فأُخبِرَ بِالشَّرائعِ؛ فَفي كلِّ ذلكَ: يُشْتَرطُ في المُخْبِرِ: العددُ، أو العدالةُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما.

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُخَيَّرَةِ إِذَا أُخْبِرَتْ عِنْدَهُ)، أيْ: عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، يعْني: أنَّ المرْأَةَ إذا أُخبِرَتْ أنَّ زَوْجَها خيَّرَها في نفْسِها؛ صارتِ المرأةُ مخيَّرةً، سواءً كانَ المُخْبِرُ عدلًا أو غيرَ عدْلٍ، حتَّىٰ إذا اختارَتْ نفسَها في مجلسِها؛ يقعُ الطَّلاقُ، وإلَّا فَلا، بخلافِ مُخْبِرِ الشُّفعةِ؛ حيثُ يُشْترطُ فيهِ: إمَّا العددُ، أوِ العدالةُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْبَرَهُ الْمُشْتَرِي)، يعْني: أنَّ المُخْبِرَ بِالشُّفعةِ إذا كانَ هوَ المُشْتَرِي، وقالَ: اشتريْتُ دارَ فلانٍ؛ لا يُشْترطُ فيهِ العددُ أوِ العدالةُ، حتَّىٰ إذا سكَتَ الشَّفيعُ عندَ الإخْبارِ، ولمْ يطلُبِ الشُّفعةَ؛ بطلتْ شُفعتُه؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ خصْمٌ للشَّفيعِ، ولا يُشْترطُ ذلكَ في الخُصومةِ.

قولُه: (وَالثَّانِي: طَلَبُ التَّقْرِيرِ وَالإِشْهَادِ)، أيِ: الثَّاني مِن أنواعِ الطَّلبِ طلبُ الإشْهادِ.

---

(١) وقع بالأصل: «بالنكاح من». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ مَعْنَاهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ وَهَذَا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ فِيهِ؛ ....

غاية البيان

يتضرَّرُ بِه المُشْتَرِي أوِ البائعُ.

فلوْ قُلْنا: لا يَبْطُلُ حقُّه بالتَّأخيرِ؛ أدَّىٰ إلىٰ الضَّررِ بِالمُشْتَرِي؛ لأنَّه يتصرَّفُ في الدَّارِ علىٰ تقديرِ أنَّه لا يطلُبُ الشُّفعةَ، والظَّاهرُ هذا، ثمَّ يطلبُ الشُّفعةَ بعدَ زمانٍ، فينتَقِضُ تصرفاتُه في الدَّارِ، فيُؤدِّي ذلِكَ إلىٰ الإضْرارِ به، والغُرورُ في حقِّه، وينبَغِي أَن يذهبَ إلىٰ أقربِهم حتَّىٰ لوْ تركَ الأقربَ وذهَبَ إلىٰ الأبعدِ، وأشهدَه[1] علىٰ الطَّلبِ؛ يَبْطُلُ حقُّه».

فالحاصلُ: أنَّه متىٰ تركَ الطَّلبَ معَ إمْكانِ الطَّلبِ؛ يَبْطُلُ حقُّه، وإنْ تركَه أوْ أخَّرَه لعدَمِ الإمْكانِ؛ لا يَبْطُلُ، وقالوا: هذا إذا كانوا علىٰ طريقٍ واحدٍ.

أمَّا إذا كانتِ الطُّرقُ مُختلفةً في الذَّهابِ إليهِم؛ لا يَبْطُلُ حقُّه بالذَّهابِ إلىٰ الأبعدِ؛ لأنَّه ربَّما يكونُ بِه عُذرٌ في طريقٍ لا يكونُ ذلِكَ في طريقٍ آخرَ. كذا في **«شرح الكافي»**.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «الشَّفيعُ إذا تركَ الأقربَ، فطلبَ عندَ الأبعدِ، فإن كانَ الشَّفيعُ أوِ الأبعدُ خارجَ المِصْرِ؛ تَبْطُلُ الشُّفعةُ، وإن كانَ كِلاهُما في المِصرِ لا تَبْطُلُ استِحْسانًا»[2].

وقالَ في «الأجناس»: «قالَ في «نوادِر ابنِ رُسْتُم»: عَن مُحَمَّدٍ ﷺ: إن كانَ البائعُ والمُشْتَرِي بخُراسانَ، والدَّارُ بِالعراقِ: أنَّ للشَّفيعِ أنْ يُخاصمَ المُشْتَرِيَ إذا كانَ بخُراسانَ، ولا تَبْطُلُ شُفعتُه، وإذا كانَ الشَّفيعُ بِالعراقِ عندَ الدارِ أشهدَ[3] عندَ

(١) وقع بالأصل: «وأشهد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣١٨].
(٣) وقع بالأصل: «الدهر أشهدهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ مَعْنَاهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ اسْتَقَرَّتْ شُفْعَتُهُ وَهَذَا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمٌ فِيهِ؛ ....

غاية البيان

يتضرَّرُ بِه المُشْتَرِي أَوِ البائعُ.

فلَوْ قُلْنا: لا يَبْطُلُ حقُّه بالتَّأخيرِ؛ أدَّىٰ إلى الضَّررِ بِالمُشْتَرِي؛ لأنَّه يتصرَّفُ في الدَّارِ علىٰ تقديرِ أنَّه لا يطلُبُ الشُّفعةَ، والظَّاهرُ هذا، ثمَّ يطلبُ الشُّفعةَ بعدَ زمانٍ، فيَنْتَقِضُ تصرفاتُه في الدَّارِ، فيُؤدِّي ذلِكَ إلى الإضْرارِ بِه، والغُرورُ في حقِّه، وينبَغي أَن يذهبَ إلىٰ أقربِهم حتَّىٰ لوْ تركَ الأقربَ وذهَبَ إِلىٰ الأبعدِ، وأشهدَه[1] على الطَّلبِ؛ يَبْطُلُ حقُّه».

فالحاصلُ: أنَّه متىٰ تركَ الطَّلبَ معَ إمْكانِ الطَّلبِ؛ يَبْطُلُ حقُّه، وإنْ تركَه أوْ أخَّرَه لعدَمِ الإمْكانِ؛ لا يَبْطُلُ، وقالوا: هذا إذا كانوا علىٰ طريقٍ واحدٍ.

أمَّا إذا كانتِ الطُّرقُ مُختلفةً في الذَّهابِ إليهِم؛ لا يَبْطُلُ حقُّه بالذَّهابِ إلىٰ الأبعدِ؛ لأنَّه ربَّما يكونُ بِه عُذرٌ في طريقٍ لا يكونُ ذلِكَ في طريقٍ آخرَ. كذا في **«شرح الكافي»**.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «الشَّفيعُ إذا تركَ الأقربَ، فطلبَ عندَ الأبعدِ، فإن كانَ الشَّفيعُ أوِ الأبعدُ خارجَ المِصْرِ؛ تَبْطُلُ الشُّفعةُ، وإن كانَ كِلاهُما في المِصرِ لا تَبْطُلُ استِحْسانًا»[2].

وقالَ في «الأجناس»: «قالَ في «نوادِر ابنِ رُسْتُم»: عَن مُحَمَّدٍ ﷺ: إنْ كانَ البائعُ والمُشْتَرِي بخُراسانَ، والدَّارُ بِالعراقِ: أنَّ للشَّفيعِ أنْ يُخاصمَ المُشْتَرِيَ إذا كانَ بخُراسانَ، ولا تَبْطُلُ شُفعتُه، وإذا كانَ الشَّفيعُ بِالعراقِ عندَ الدارِ أشهدَ[3] عندَ

---

(١) وقع بالأصل: «وأشهد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣١٨].

(٣) وقع بالأصل: «الدهر أشهدهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ».

لِأَنَّ لِلأَوَّلِ اليَدَ وَلِلثَّانِي المِلْكَ، وَكَذَا يَصِحّ الْإِشْهَادُ عِنْدَ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِنْ سَلَّمَ البَائِعُ الْمَبِيعَ لَمْ يَصِحّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا، إِذْ لَا يَدَ لَهُ وَلَا مِلْك فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ. وَصُورَةُ هَذَا الطَّلَبِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ فُلَانًا اِشْتَرَىٰ هَذِهِ الدَّارَ وَأَنَا شَفِيعُهَا وَقَدْ كُنْتَ طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ وَأَطْلُبهَا الْآنَ فَاشْهَدُوا عَلَىٰ ذَلِكَ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ لَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ.

الدَّارِ علىٰ طلبِ الشُّفعةِ، وليسَ عليْه أنْ يأْتِيَ خُراسانَ فيُخاصمَ هُناكَ، ولوْ خرجَ إلىٰ خُراسانَ وطلَبَ هُناكَ ولم يطلُبْ عِندَ الدَّارِ؛ بطَلَتْ شُفعتُه».

وهذا تفسيرُ ما أطلقَه مُحَمَّدٌ ﷺ في كتابِ شُفْعة «الأصل»، قالَ فيهِ: «فإنْ كانَ المُشْتَرِي قَد ظهرَ ببلدٍ ليسَ فيهِ الدَّارُ؛ ليسَ عَلىٰ الشَّفيعِ أَن يطلبَه في سوىٰ البلدِ الَّذي فيهِ الدَّارُ»[1]. معْناهُ: الشَّفيعُ في البلدِ الَّذي فيهِ الدَّارُ، والمُشْتَرِي ظهرَ في بلدٍ آخَرَ[2].

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «الشَّفيعُ إذا عَلِمَ باللَّيلِ، ولم يَقْدِرْ عَلىٰ الخروجِ والإشهادِ، فإنْ أشهدَ حينَ أَصبحَ صحَّ»[3].

قولُه: (لِأَنَّ لِلأَوَّلِ اليَدَ). أرادَ بِالأَوَّلِ: البائعَ.

(وَلِلثَّانِي المِلْكَ)، أرادَ [٣/١٠٩ر] بالثَّاني: المُشْتَرِي.

قولُه: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَبِيعِ وَتَحْدِيدُهُ).

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٩/٢٣٤ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١١٤، ١١٥].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٠٨].

وَالثَّالِثُ: طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمْلِيكِ، [١٥٩/ظ] وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالىٰ.

قَالَ: وَلَا يَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ

غاية البيان

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «قالَ بِشْرٌ وعَلِيُّ بنُ الجَعْدِ: عَن أبي يوسُف ﷺ، قالَ: فإن كانَ الشَّفيعُ غائبًا فإذا علِمَ فلَه مِن الأجَلِ بقَدْرِ المسافةِ، إمَّا أن يقدمَ وإمَّا أن يبعثَ وكيلًا في طلبِها، وذلكَ بعدَ أن يُشهِدَ [١٠٢/٧و/م] حينَ عَلِم أنَّه على شُفْعَتِه، ويُسَمِّي الدَّارَ والأرضَ والموضعَ، ويُحَدِّدُ حتَّى يستوثِقَ لنفسِه».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحه»: «وإنَّما شرَطَ أبو يوسُف تسميةَ المَبِيعِ والتَّحديدَ؛ لأنَّ المطالبةَ لا تصحُّ إلَّا في معلومٍ، فإذا أشهدَ على الطَّلبِ ولَم يُبيِّنِ المطلوبَ؛ لَم يكُنْ لِلمُطالبةِ اختصاصٌ بمبيعٍ دونَ مَبيعٍ، ولا يتعلَّقُ بِها حكمٌ»[١].

قولُه: (وَالثَّالِثُ: طَلَبُ الخُصُومَةِ وَالتَّمْلِيكِ)، أيِ: الثَّالثُ مِن أنواعِ الطَّلبِ: طلبُ الخُصومةِ والتَّمليكِ، وسمَّاه في «شرح الكافي»: طلبَ الاستحْقاقِ، وهوَ أن يرفعَ الشَّفيعُ الأمرَ إلى القاضي، فيَثْبُتُ حقُّه عندَه بالحُجَّةِ.

قولُه: (وَسَنَذْكُرُ كَيْفِيَّتَهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالىٰ)، أيْ: كيفيَّةَ طلبِ الخُصومةِ والتَّمليكِ بعدَ هذا عندَ قولِه: (وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي، فَادَّعَى الشِّرَاءَ، وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ)... إلى آخرِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِ هَذَا الطَّلَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[٢] لا تسقُطُ الشُّفعةُ بتأخيرِ [طلبِ][٣] الخُصومةِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إِنْ تَرَكَهَا شَهْرًا بَعْدَ الإِشْهَادِ بَطَلَتْ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، مَعْنَاهُ: إِذَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ

غاية البيان

والتَّمليكِ[1].

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ)، وإنَّما قالَه كذلِك؛ لأنَّ القُدُورِيَّ ﷺ لم يذكُر قولَ أبي يوسُف في «مختصره».

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ في «مختَصره»: «وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إنْ تركَها شهرًا بعدَ الإشْهادِ؛ بطلَتْ شُفعتُه»[2].

قالَ الشَّيخُ أبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مختَصره»: «وإذا شهدَ الشَّفيعُ علىٰ شُفْعَتِهِ ثمَّ تراخَىٰ بعدَ ذلِك عَن طلبِها، وقدْ أمْكنَه ذلِكَ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ وأبا يوسُف ﷺ قالا: هوَ علىٰ شُفْعَتِه أبدًا ما لم يُسلِّمْها، وبِه نأخذُ.

وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إن طلَبها فيما بينَه وبينَ شهرٍ؛ قُضِيَ لَه بِها، وإن تركَها حتّىٰ يمضيَ شهرٌ لا يطلبُها فيهِ؛ لم يُقْضَ لَه بِها»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ فيهِ.

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وإذا بلغَ الشَّفيعَ بيعُ الدَّارِ الَّتي هوَ شفيعُها، وأشهدَ علىٰ طلبِ الشُّفعةِ، [ثمَّ][4] ترَكَ الخُصومةَ فيها بعدَ إشهادِه؛ فإنَّ ابنَ سَمَاعَةَ قالَ: سمعتُ مُحَمَّدًا ﷺ يقولُ في رَجُلٍ اشْترىٰ دارًا، فطلبَ الشَّفيعُ

---

(١) وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوىٰ. ينظر: «بدائع الصنائع» [١٩/٥]، «النتف في الفتاوىٰ» [٥٠١/١]، «التصحيح والترجيح» [ص/٢٦٢]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٧/١]، «البناية في شرح الهداية» [٣٠٧/١١]، «درر الحكام مع حاشية الشرنبلالي» [٢١٠/٢]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٢٢٦/٦]، «اللباب شرح الكتاب» [١٠٨/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٦].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢١].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

الْمُخَاصَمَةَ فِي مَجْلِسٍ مِنْ مَجَالِسِ الْقَاضِي يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَضَى مَجْلِسٌ مِنْ مَجَالِسِهِ وَلَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ اخْتِيَارًا دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِعْرَاضِهِ وَتَسْلِيمِهِ.

غاية البيان

الشُّفعةَ، وأشهدَ على الْمُشتري بذلِكَ؛ فهوَ علىٰ شُفعتِه أبدًا في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﵀.

وقالَ مُحَمَّدٌ ﵀: أستحسِنُ شهرًا، إذا تركَ ذلِك شهرًا مِن غيرِ عُذرٍ؛ بطَلَتْ شُفعتُه.

وقالَ بِشْرٌ وعَلِيُّ بنُ الجَعْدِ: عن أبي يوسُف ﵀: إذا عَلِمَ الشَّفيعُ فأشهدَ، ثمَّ كفَّ عنِ الطَّلبِ ولَم يأخذْ في الْمطالبةِ؛ فَلا شُفعةَ له.

وقالَ الحسنُ بنُ زيادٍ ﵀: إذا بِيعَتْ دارٌ ولها شفيعٌ، والبائعُ والمُشْتَرِي حاضِرانِ، فعَلِم بذلِك الشَّفيعُ، فأشهدَ أنَّه على شُفعَتِه، ثمَّ كفَّ عَن الطَّلبِ، فلمْ يُخاصِمْ، فإنْ مكَثَ بعدَ ذلِك شهرًا أوْ أكثرَ؛ لم يكُن له شُفعةٌ إلَّا أن يكونَ القاضي [١٠٢/٧ظ/م] عَلِيلًا أو غائبًا، فإنَّ له في ذلِك [١٠٩/٣ظ] عُذرًا، وهوَ على شُفعَتِه أبدًا إذا جلسَ القاضي، وذلِكَ على قياسِ قولِ أَبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ وأبي يوسُف ﵏، وبِه نأخذُ.

وحُكِيَ عَن أبي يوسُف ﵀ أنَّه قالَ: هوَ عَلى شُفعتِه ما لمْ يُمْكِنْه التَّقدُّمُ إلى القاضي بقَدْرِ ما يطرحُ رُقْعتَه، قالَ: وهذا قولُ أبي يوسُف ﵀.

وقالَ زُفَرُ ﵀: ما بينَه وبينَ شهرٍ.

وقالَ النَّمِرُ[1] عن أبي حَنِيفَةَ ﵀: إنَّه على شُفعتِه أبدًا إذا أشهدَ.

وقالَ ابنُ سَمَاعَةَ ﵀ في «نوادره»: سمعتُ أبا يوسُف ﵀ قالَ في الشَّفيعِ: إذا أشهدَ عَلى طلبِ الشُّفعةِ، ثمَّ لم يُخاصِمْ، ولمْ يتقدَّمْ إلى القاضي في الشُّفعةِ

(١) هو النَّمِرُ بن جذار الأسدي. كما مضىٰ التنبيه عليه. ولم يُدرك أبا حنيفة، وإنما يروي عنه بواسطة أصحابه.

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْخُصُومَةِ أَبَدًا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ حِذَاءَ نَقْضِهِ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ فَقَدَّرْنَاهُ بِشَهْرٍ؛

غاية البيان

في مِثْلِ ما يَقْدِرُ على التقدُّمِ إلىٰ القاضي فيهِ؛ فقَد بطلَتْ شُفعتُه.

قالَ: وإن أشْهدَ علىٰ الطَّلبِ، ثمَّ تقدَّمَ إلىٰ القاضي مرَّةً أوْ مرَّتينِ؛ فهُوَ علىٰ شُفعَتِه.

وقالَ ابنُ رُسْتُم عَن مُحَمَّدٍ ﷺ: إذا هوَ أشهدَ، ثمَّ مكثَ شهرًا؛ بطلتْ شُفعتُه إلَّا من عذرٍ حبسٍ أو مرضٍ لا يقْدرُ أن يُوكِّلَ، قالَ: ولا يُصدَّقُ علىٰ العُذرِ بِقولِه، إلَّا أن يُعْلَمَ ذلِكَ منهُ.

وقالَ هشامٌ: سألتُ مُحَمَّدًا عَن قَولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: فيمَن طلبَ الشُّفعةَ عِندَ غَيرِ القاضي، ثمَّ سكتَ. قالَ: هُو علىٰ شُفْعَتِهِ أبدًا، ما لَم يَقلْ بِاللِّسانِ: قَد تركتُها، وكذلِكَ قولُ أبي يوسُف ﷺ.

قال مُحَمَّدٌ ﷺ: فأمَّا في قَولي: فإنْ سكتَ بعدَ الطَّلب شهرًا؛ بطلتْ شُفعتُه»[١]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحه»: «فحصَلَ مِن هذِه الرِّواياتِ: أنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ إذا أشهدَ لَم تسْقُطِ الشُّفعةُ بالتَّأخيرِ، إلَّا أن يُسْقطَها بلسانِه، وهوَ إحْدىٰ الرِّوايتيْنِ عَن أبي يوسُف ﷺ.

وقالَ في الرِّوايةِ الأُخرىٰ: إذا تركَ المُخاصمةَ إلىٰ القاضي في زمانٍ يَقْدِرُ فيهِ علىٰ المخاصمةِ بطَلَتْ شُفعتُه، ولم يُوَقِّتْ.

وقالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ ﷺ: إذا أخَّرَ المطالبةَ بعدَ الإشهادِ شهرًا مِن غيرِ عُذرٍ؛ بطَلَتْ شُفْعتُه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

لِأَنَّهُ آجِلٌ وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الْإِيمَانِ.

غاية البيان

ثمَّ قالَ أبو الحسَنِ ﷺ: وهوَ قياسُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ». إلىٰ هُنا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ.

وجهُ قولِ محمَّدٍ ﷺ: أنَّ الشُّفعةَ لَو لمْ تسقُطْ بِالتَّاخيرِ؛ لزِمَ الضَّررُ بِالمُشْتَرِي، والضَّررُ مدفوعٌ بالشَّرعِ؛ لأنَّه لا ضررَ ولا ضِرارَ في الإسْلامِ.

بيانُه: أنَّه لَوْ جازَ تأْخيرُ المُخاصمةِ[1] أبدًا؛ لامتنعَ المُشْتَرِي عَن التَّصرُّفِ بِالبناءِ والغَرْسِ مَخافةَ نَقْضِ الشَّفيعِ، وهذا ضررٌ لا محالةَ، أَلَا تَرىٰ أنَّ الشُّفعةَ ثبَتَتْ للشَّفيعِ دفعًا للضَّررِ عنهُ، فكما لم يَجُزْ إلحاقُ الضَّررِ بِه؛ لم يَجُزْ إلحاقُ الضَّررِ بِالمُشْتَرِي أيضًا.

ثمَّ قدَّرَ محمَّدٌ ﷺ التأخيرَ إلىٰ شهرٍ؛ لأنَّ ما وراءَه في حُكْمِ الكَثيرِ، وما دونَه في حُكْمِ اليَسيرِ؛ بدليلِ أنَّه لو حَلَفَ وقالَ: ليقضِيَنَّ دَيْنَه عاجلًا، فقضاهُ فيما دونَ الشَّهرِ؛ بَرَّ في يَمينِه، ولكنَّه قالَ: إذا أَخَّرَ شهرًا مِن غيرِ عُذرٍ؛ بطَلَتْ [٧/١٠٣و/م] شُفْعَتُه؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تسقطُ بالتَّأخيرِ لِتفريطِه في الطَّلبِ، فإذا كانَ عذرٌ مانعٌ من الطَّلبِ؛ لا يكونُ التَّأخير تفريطًا.

ووجهُ قولِ أبي يوسُفَ ﷺ: أنَّه إذا تركَ الطَّلبَ في مجلسٍ [من مجالِسِ][2] القاضي؛ دلَّ ذلك علىٰ الإعْراضِ، فتبْطُلُ شُفعتُه.

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه»[3]: ولم يُقدِّرْ أبو يوسُف التَّأخيرَ بمقْدارٍ، بَل جعلَه علىٰ ما يراهُ القاضي؛ لأنَّ ذلِكَ يختلفُ بِاختِلافِ [٣/١١٠و] الأحْوالِ.

---

(١) وقع بالأصل: «المطالبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].

وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ أَنَّ الْحَقَّ مَتَىٰ ثَبَتَ وَاسْتَقَرَّ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ وَهُوَ التَّصْرِيحُ بِلِسَانِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الضَّرَرِ يُشَكَّلُ بِمَا إِذَا كَانَ غَائِبًا، وَلَا فَرْقَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي بَيْنَ الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَلَوْ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ لَا يَبْطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأْخِيرِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الْخُصُومَةِ إِلَّا عِنْدَ الْقَاضِي فَكَانَ عُذْرًا.

غاية البيان

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المطالبةَ حقٌّ متعلِّقٌ بعقدِ البيعِ، فَلا يسْقطُ بعدَ استِقْرارِه بِالتَّأخيرِ كالرَّدِّ بالعَيبِ.

والجوابُ عن دَفْعِ الضَّررِ فنقولُ: إنَّ دَفْعَ الضَّررِ عَن الشَّفيعِ واجبٌ، وإنْ أدَّىٰ ذلِكَ إلىٰ ضررِ المُشْتَرِي، ألَا ترىٰ أنَّ أخْذَ المِلْكِ منهُ ضررٌ بِه، ومعَ هذا يجوزُ، ولِهذا إذا كانَ الشَّفيعُ غائبًا فأخَّرَ المُطالبةَ؛ لا تسْقُطُ الشُّفعةُ معَ لُزومِ الضَّررِ بِالمُشْتَرِي، فكذا إذا كانَ الشَّفيعُ حاضرًا فأخَّرَ؛ لأنَّ الضَّررَ يلزمُ علىٰ كِلا التَّقديريْنِ، ثمَّ لم يُعتبرِ الضَّررُ في الغَيْبةِ، فينبغي ألَّا يُعْتَبرَ في الحَضْرةِ أيضًا.

وأمَّا عدمُ قدرةِ المُشْتَرِي علىٰ البناءِ والغَرْسِ، فَلا يلزَمُ أبا يوسُف ﷺ؛ لأنَّ الشَّفيعَ عندَه يأخذُ بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ، فَلا ضررَ إذَنْ، وكَذا [لا][1] يلزمُ أبا حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّه ضررٌ التزمَه المُشْتَرِي بدُخولِه في العَقدِ.

قولُه: (وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ)، وهذا الَّذي ذهبَ إليْه صاحبُ «الهداية» ﷺ هوَ الَّذي أخَذَ[2] به الطَّحَاوِيُّ في «مختَصره»[3]، والكَرْخِيُّ ﷺ أخَذَ بروايةِ الشَّهرِ، إلَّا أنْ يكونَ القاضي عليلًا أو غائبًا[4].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «وأخذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٢١].

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» [١٩/٥]، «النتف في الفتاوي» [٥٠١/١]، «التصحيح والترجيح»

قَالَ: وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي، فَادَّعَى الشِّرَاءَ، وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ؛ سَأَلَ القَاضِي المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الذِي يَشْفَعُ بِهِ، وَإِلَّا كَلَّفَهُ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ ظَاهِرٌ مُحْتَمَلٌ فَلَا تَكْفِي لِإِثْبَاتِ الِاسْتِحْقَاقِ. قَالَ ﷺ: يَسْأَلُ القَاضِي الْمُدَّعِي قَبْلَ أَنْ يُقْبِلَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ مَوْضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا؛

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَقَدَّمَ الشَّفِيعُ إِلَى القَاضِي، فَادَّعَى الشِّرَاءَ، وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ؛ سَأَلَ القَاضِي المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِمِلْكِهِ الذِي يَشْفَعُ بِهِ، وَإِلَّا كَلَّفَهُ إِقَامَةَ البَيِّنَةِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ الشَّفيعَ لا يكونُ خصمًا للمُشْتَري حتّى يكون له مِلْكٌ يستحقُّ به الشُّفعةَ، وهذا المعْنى لا يعلمُه القاضي، فلا جَرَمَ يسألُ المدَّعَى عليْه، وهوَ المُشْتَرِي، فإنْ أقرَّ بمِلْكِ الشَّفيعِ الَّذي يشفعُ بِه هوَ؛ صارَ خصمًا، وإنْ أنكرَ المُشْتَرِي مِلْكَ الشَّفيعِ، وقالَ: الدَّارُ الَّتي في يدِه ليستْ لَه، وإنَّما هوَ ساكنٌ فيها؛ كلَّفَ القاضي الشَّفيعَ إقامةَ البيِّنةِ علَى أنَّ الدَّارَ الَّتي هوَ فيها مِلْكُه؛ ليثْبُتَ كونُه خصمًا؛ لأنَّ الخصومةَ في الشُّفعةِ فرْعٌ على ثبوتِ السَّببِ، وهيَ المُجاورةُ أوِ الشَّركة، فإذا لَمْ يَثْبُتْ لمْ يصحَّ إثباتُ ما هوَ فرْعٌ عليْه.

وقالَ زُفَرُ ﷺ ـ وهو إحْدى الرِّوايتينِ عَن أبي يوسُف ﷺ ـ: ليسَ عليْه إقامةُ البيِّنةِ عَلى المِلْكِ؛ لأنَّ اليدَ دليلٌ على المِلْكِ، ألَا تَرى أنَّ الشُّهودَ يشهدونَ [١٠٣/٧ظ/م] بالمِلكِ بمشاهدةِ اليدِ، فوَجَبَ أن يُقْضَى بالشُّفعةِ لأجْلِها.

ولَنا: أنَّ اليدَ ظاهرٌ في المِلْكِ، والظَّاهرُ يُدْفَعُ بِه الدَّعوىٰ، ولا يُستحقُّ بِه على الغيرِ، فلَو قُضِيَ بالشُّفعةِ بِظاهرِ اليدِ؛ لزم إثباتُ الاستِحْقاقِ عَلى الغَيرِ، وذلِكَ

= [ص/٢٦٢]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٧/١]، «البناية في شرح الهداية» [٣٠٧/١١]، «درر الحكام مع حاشية الشرنبلالي» [٢١٠/٢]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٢٢٦/٦]، «اللباب» [١٠٨/٢].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ حَقًّا فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ رَقَبَتَهَا، وَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ يَسْأَلُهُ عَنْ سَبَبِ شُفْعَتِهِ لِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا، فَإِنْ قَالَ: أَنَا شَفِيعُهَا بِدَارٍ لِي تَلَاصِقُهَا الْآنَ تَمَّ دَعْوَاهُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْخَصَّافُ. وَذَكَرَ فِي الْفَتَاوَىٰ تَحْدِيدَ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا أَيْضًا، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْكِتَابِ الْمَوْسُومِ بِالتَّجْنِيسِ وَالْمَزِيدِ.

غاية البيان

لا يَجوزُ، ولِهذا قالوا: إذا زعَمَ المقْذوفُ أنَّه حرٌّ، وقالَ القاذفُ: هوَ عبْدٌ؛ لَم يجبِ الحَدُّ حتَّىٰ يُقيمَ المقْذوفُ بيِّنةً علىٰ أنَّه حُرٌّ، وذلِكَ لأنَّ الظَّاهرَ الحرِّيَّة، إلَّا إنَّه لا يستحقُّ بهذا الظَّاهرِ حقًّا على الغيرِ.

وكذلِكَ المقْطوعةُ يدُه إذا زعمَ أنَّه حرٌّ، وطلَبَ القِصاصَ مِن القاطعِ، فقالَ القاطعُ: هوَ عبْدٌ؛ لم يجبِ القِصاصُ حتَّىٰ يثبتَ الحرِّيَّةَ لِهذا المعْنىٰ، وكذلِك قالوا في المشْهودِ عليْه: إذا زعمَ أنَّ الشاهدَ عبْدٌ؛ لم يُقْضَ عليْه بظاهرِ الحرِّيَّةِ، وكذلِك إذا زعمتِ العاقِلةُ أنَّ القاتلَ عبْدٌ؛ لم يتحمَّلوا عنهُ الدِّيَةَ حتَّىٰ يَثْبُتَ أنَّه حرٌّ[1]. كذا ذَكرَ القُدُوريُّ ﵀ في «شرحه».

قالَ صاحبُ «الهداية» ﵀: (يَسْأَلُ القَاضِي المُدَّعِيَ قَبلَ أَنْ يُقبِلَ عَلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَنْ مَوْضِعِ الدَّارِ وَحُدُودِهَا)، أيْ: يسألُ المدَّعِيَ عَن موْضعِ الدَّارِ الَّتي طلَبَ الشُّفعةَ [٢/١١٠ظ] فيها، ويقولُ الشَّفيعُ: دارُ فلانٍ في بلدةِ كذا في سكَّةِ كذا، ويُبيِّنُ حُدودَها الأربعَ؛ لأنَّه ادَّعَىٰ حقًّا في الدَّارِ، والدَّعوىٰ لا تصحُّ إلَّا في المعْلومِ، وعِلْمُها يتحقَّقُ ببيانِ هذِه الأشْياءِ، فيلزمُه بيانُ ذلِكَ، كما إذا ادَّعىٰ رقبةَ الدَّارِ.

وشرَطَ في «الفتاوىٰ» بيانَ حدودِ دارِ الشَّفيعِ الَّتي طلبَ الشُّفعةَ بها، بأنْ قالَ: أنا شَفيعُها بالجوارِ بِداري الَّتي أحدُ حُدودِها كذا، والثَّاني كذا، [والثَّالثُ كذا][2]،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٨/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْبَيِّنَةِ، اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِيَ: بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشْفَعُ بِهِ مَعْنَاهُ بِطَلَبِ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ [١٠٦/ب] ادَّعَى عَلَيْهِ مَعْنًى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، ثُمَّ هُوَ اسْتِحْلَافٌ عَلَى مَا فِي يَدِ غَيْرِهِ فَيَحْلِفُ عَلَى عِلْمِهِ.

غاية البيان

والرَّابعُ كذا، ولا يُشْتَرطُ تحديدُ دارِ الشَّفيعِ على ما قالَ الخصَّافُ رحمه الله، بل إذا قال: أنا شفيعُ الدَّارِ الَّتي اشْتراها فلانٌ مِن فلانٍ، وهيَ في بلدةِ كذا في محلَّةِ كذا في سكَّةِ كذا، وبيَّنَ حُدودَها بداري الَّتي تُلازِقُها كفَى، وإن لم يذكُرْ حدودَ دارِه.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله: «وأمَّا الطَّلبُ عندَ الحاكمِ أن يقولَ: اشترى هذه الدَّارَ الَّتي أحدُ حدودِها كذا، والثَّاني كذا، والثَّالثُ كذا، والرَّابعُ كذا، وأنا شفيعُها بالجوارِ بِداري الَّتي أحدُ حدودِها كذا، والثَّاني كذا، والثَّالثُ كذا، والرَّابعُ كذا، طلبتُ أخْذَها بشُفْعتي، فمُرْهُ تسليمَها لي بشُفعَتي هذه».

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْبَيِّنَةِ، اسْتُحْلِفَ الْمُشْتَرِي: بِاللهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ مَالِكٌ[1] لِلَّذِي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشْفَعُ بِهِ)، أي: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختصره»[2]، وهذا عَطْفٌ على قولِه: (كَلَّفَهُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ).

يعْني: إنْ عجزَ الشَّفيعُ عَن إقامةِ البيِّنةِ على أنَّ الدَّارَ الَّتي في يدِه مِلْكُه؛ استحلفَ القاضي المُشْتَريَ على العِلمِ: باللهِ ما تعلمُ أنَّ الدَّارَ الَّتي في يد الشَّفيعِ مِلْكُه، وإنَّما يستحلفُه[3] إذا طلبَ الشَّفيعُ ذلِك؛ لأنَّه حقُّه؛ لأنَّه ادَّعَى على المُشْتَرِي معْنًى لوْ أقرَّ به المُشْتَري [٧/١٠٤و/م] لزمَه، وإنَّما يحلفُ على العلمِ لا على البَتاتِ؛ لأنَّه استحلافٌ على فِعْلِ الغيرِ.

والأصلُ فيه: قولُه ﷺ لليهودِ في القَسامةِ: «لِيَحْلِفْ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا

(١) وقع بالأصل: «ملك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص١٠٦].
(٣) وقع بالأصل: «يستحلف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ثَبَتَ مُلْكُهُ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا وَثَبَتَ الجِوَارُ فَبَعْدَ ذَلِكَ سَأَلَهُ القَاضِي يَعْنِي المُدَّعَى عَلَيْهِ هَلْ ابْتَاعَ أَمْ لَا، فَإِنْ أَنْكَرَ الابْتِيَاعَ، قِيلَ لِلشَّفِيعِ: أَقِمْ البَيِّنَةَ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ البَيْعِ، وَثُبُوتُهُ بِالحُجَّةِ.

قَالَ: فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا؛ اسْتُحْلِفَ المُشْتَرِي بِاللهِ: مَا ابْتَاعَ، أَوْ بِاللهِ مَا

غاية البيان

خَمْسِينَ يَمِينًا: بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا»[1]، فكانَ ذلِك أصلًا في أنَّ اليمينَ إذا كانَتْ على فِعْلِ المُدَّعَى عليْه؛ كانَ على البَتَاتِ، وإذا كانَت على فِعْلِ الغَيرِ؛ كانَت على العِلمِ، وتمامُ البيانِ فيه مرَّ في كتابِ الدَّعوى في فصْلِ كيفية اليَمينِ، واللهُ أعْلَم.

قولُه: (فَإِنْ نَكَلَ أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختَصره»، وتمامُه فيه: «سألَه القاضي هلِ ابتاعَ أمْ لا؟ فإنْ أنكرَ الابتِياعَ، قيلَ للشَّفيعِ: أَقِمِ البيِّنةَ»[2]، أيْ: إنْ نَكَلَ المُشْتَرِي عَن اليَمينِ عَلى العِلمِ، أوْ قامتْ لِلشَّفيعِ بيِّنةٌ على أنَّ الدَّارَ مِلْكُه؛ ثبتَ مِلْكُ الشَّفيعِ، وصارَ بِه خَصمًا.

أمَّا ثُبوتُه بالبيِّنةِ: فَظاهرٌ، وكذلِكَ بِالنُّكولِ؛ لأنَّه بمنزلةِ الإقْرارِ عندَهُما.

وعندَ أبِي حَنيفَةَ ﷺ: بمنزلةِ البَذْلِ، وحقُّ الشَّفيعِ ممَّا يصحُّ بذْلُه، فثبتَ المِلْكُ بالنُّكولِ، فإذا كانَ الشَّفيعُ خصْمًا لزِمَ خَصْمَه جوابُه، فيسألُه عَن دعْوى الشَّفيعِ، فإنْ أنكرَ الابتياعَ، يُقالُ لِلشَّفيعِ: أَقِمِ البيِّنةَ على الشِّراءِ؛ لأنَّه ادَّعاهُ وخَصْمُه يُنكِرُه، فكانَ عَلى الشَّفيعِ إقامةُ البيِّنةِ عَلى ذلِكَ.

قولُه: (قال: فإنْ عجز عَنْهَا؛ اسْتُحْلِفَ المُشْتَرِي بِاللهِ: مَا ابْتَاعَ، أَوْ بِاللهِ مَا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص١٠٧].

اسْتَحَقَّ عَلَىٰ هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الوَجْهِ الذِي ذَكَرَهُ فَهَذَا عَلَىٰ الْحَاصِلِ، وَالأَوَّلُ عَلَىٰ السَّبَبِ وَقَدْ اِسْتَوْفَيْنَا الْكَلَامَ فِيهِ فِي الدَّعْوَىٰ، وَذَكَرْنَا الِاخْتِلَافَ بِتَوْفِيقِ اللهِ،

غاية البيان

اسْتَحَقَّ عَلَىٰ هَذِهِ الدَّارِ شُفْعَةً مِنَ الوَجْهِ الذِي ذَكَرَهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1]، أيْ: إنْ عجزَ الشَّفيعُ عَن إقامةِ البيِّنةِ علىٰ [٣/١١١و] الشِّراءِ؛ استحلفَ [القاضي][2] المُشْتَرِيَ باللهِ: ما ابتاعَ، وهذا استحلافٌ علىٰ السَّببِ، أوِ استحلفَ المُشْتَرِي باللهِ: ما استحقَّ الشَّفيعُ علىٰ هذِه الدَّارِ شُفْعةً مِن الوجهِ الَّذي ذكَرَه، وهذا استِحلافٌ عَلىٰ الحاصِلِ. أعْني: أنَّه استحلافٌ علىٰ حُكْمِ الشَّيءِ في الحالِ.

والأصلُ في الاستِحلافِ: هوَ الاستحلافُ علىٰ الحاصلِ عندَهما، وعندَ أَبي يوسُف ﵀: علىٰ السَّببِ، إلَّا إذا وُجِدَ التَّعريضُ مِن المُدَّعَىٰ عليْه، فحينَئذٍ يحلفُ علىٰ الحاصِلِ، والكلامُ مرَّ فيهِ مُستقصًىٰ في فصْلِ كيفيَّة اليَمينِ.

قالَ في «شرح الأقطع»: «فالَّذي ذكرَه في «الكتابِ» إنَّما هوَ قولُ مُحَمَّدٍ ﵀.

وقالَ أَبو يوسُف ﵀: يُحَلِّفُه بِاللهِ مَا ابتاعَ، إلَّا أنْ يُعرِّضَ فيقولُ: قَد يَشتري الإنسانُ الشَّيءَ ثمَّ يفسخُ العقدَ، فلا يُمْكِنُ استحلافُه كذلِكَ، فيُحَلِّفُه بِاللهِ تَعالىٰ ما يستحقُّ عليْهِ شُفْعةً.

وجهُ قولِ أبي يوسُف ﵀: أنَّ اليمينَ حقُّ المُدَّعِي، فيجبُ أَن يكونَ بحسبِ دعْواهُ ما أمْكنَ، والدَّعْوىٰ وقعَتْ علىٰ أصْلِ البيعِ، فيكونُ اليَمينُ عَلىٰ ذلِكَ، إلَّا أنْ يُعرِّضَ بِما لا يُمْكِنُ استحلافُه معَه.

ووجهُ قولِ مُحَمَّدٍ ﵀: أنَّه يجبُ أنْ يُرَاعَىٰ حقُّ المدَّعِي والمُدَّعَىٰ عليْه، وفي

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ[١].

قَالَ: وَيَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفْعَةِ؛ لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّهُ لَا يَقْضِي حَتَّى يُحْضِرَ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ عَسَاهُ يَكُونُ مُفْلِسًا فَيَتَوَقَّفُ الْقَضَاءُ عَلَى إِحْضَارِهِ حَتَّى لَا يَتْوِي مَالُ الْمُشْتَرِي.

غاية البيان

الاستحلافِ [٧/١٠٤ظ/م] على استحقاقِ الشُّفعةِ إيفاءٌ بحقِّهما، وفي الاستِحْلافِ عَلى أصْلِ البيعِ إسقاطٌ لحقِّ المُدَّعَى عليْه؛ لجوازِ أن يكونَ قد فسَخَ العقدَ، فما كانَ فيهِ إيفاءُ حقِّهما؛ فهُو أَوْلَى»[٢].

وأمَّا قولُه في «الكتابِ» في صفةِ اليَمينِ: (مِنَ الوَجْهِ الذِي ذَكَرَهُ) فليسَ بِشرطٍ، وإنَّما هوَ على وَجْهِ التَّأكيدِ؛ لأنَّ يمينَه قد نَفَتْ وجوبَ الشُّفعةِ من كلِّ وجهٍ.

قولُه: (وَإِنَّمَا يُحَلِّفُهُ عَلَى البَتَاتِ)، أيْ: يُحلِّفُ القاضي المُشْتَرِيَ في إنكارِه الابتياعَ فيقولُ: باللهِ ما ابتعْتَ، أو يقولُ: باللهِ ما يستحقُّ الشَّفيعُ على هذه الدَّارِ شُفعةً، بخِلافِ استحلافِ المُشْتَرِي على إنكارِه مِلْكَ الشَّفيعِ في الدَّارِ الَّتي يسْكنُها الشَّفيعُ، فإنَّه يُحلِّفُه على العِلمِ فيَقولُ: باللهِ ما أعلمُ أنَّه مالكٌ لَها.

قوله: (قَالَ: وَيَجُوزُ المُنَازَعَةُ فِي الشُّفْعَةِ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الشَّفِيعُ الثَّمَنَ إِلَى مَجْلِسِ القَاضِي، فَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالشُّفْعَةِ؛ لَزِمَهُ إِحْضَارُ الثَّمَنِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[٣].

---

(١) زاد بعده في (ط): «لِأَنَّهُ استحلاف فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة، وَفِي مثله يحلف عَلَى البتات».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» لأقطع [ق/٣٢٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٧].

. . . .

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَهَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ)[1].

[وإنَّما قالَ: **(هَذَا ظَاهِرُ رِوَايَةِ الأَصْلِ)**][2]، ولم يَقُلْ: «هذِه روايةُ الأَصْلِ»؛ لأنَّه لَم يُصرِّحْ في **«الأصل»**[3] هكذا، ولكنَّه ذكرَ ما يدلُّ على أنَّ القاضيَ يَقْضِي بالشُّفعةِ مِن غيرِ إحضارِ الثَّمنِ؛ لأنَّه قالَ: «للمُشْتَرِي أن يحبسَ الدَّارَ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمنَ منهُ، أوْ مِن ورثتِه إن ماتَ».

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ **في «شرح مُختصر الكَرْخِيِّ»**: «فظاهرُ روايةِ **«الأصل»**: قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ ﷺ». ثمَّ قالَ: «وذكَرَ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في هذا البابِ عَن الحسَنِ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ مثلَ قولِ مُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ القاضيَ لا يَقضي حتَّىٰ يُحْضرَ الشَّفيعُ الثَّمنَ.

وجهُ قولِهما المشهورِ: أنَّ الثَّمنَ إنَّما يجبُ بعدَ انتِقالِ المِلْكِ إلىٰ الشَّفيعِ، وإنَّما ينتقلُ بِالقضاءِ، فلَمْ يجبْ علىٰ الشَّفيعِ إحضارُ ثمنٍ لمْ يلزمْه، كما لم يجِبْ علىٰ المُشْتَرِي قبلَ البيعِ، ولأنَّ المَبيعَ ينتقلُ مِن المُشْتَرِي إلىٰ الشَّفيعِ، كما ينتقلُ مِنَ البائعِ إلىٰ المُشْتَرِي، فإذا لم يَقِفِ الانتِقالُ في أحدِهما علىٰ إحضارِ الثَّمنِ، فكذلِكَ في الآخرِ.

وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ الشُّفعةَ تجبُ لإزالةِ [٣/١١١ظ] الضَّررِ عَن الشَّفيعِ، فَلا يجوزُ لَه إلحاقُ الضَّررِ بِالمُشْتَرِي، ولوْ قَضىٰ القاضي قبلَ إحْضارِ الثَّمنِ لَم يأمَنْ أن يكونَ الشَّفيعُ مُفْلسًا، فيتعَجَّلُ مِلْك الدَّارِ، ويتأخَّرُ الثَّمنُ عنِ المُشْتَرِي،

---

(١) ينظر: «المبسوط» [١١٩/١٤]، «تحفة الفقهاء» [٥٥/٣]، «تبيين الحقائق» [٢٤٥/٥]، «مجمع الأنهر» [٤٧٦/٢]، «اللباب» [١١٢/٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٠٠ /طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَا ثَمَنَ لَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرطُ تَسْلِيمُهُ، فَكَذَا لَا يُشْتَرِطُ إِحْضَارُهُ فَإِذَا قُضِيَ لَهُ بِالدَّارِ؛ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﵀ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ وَوَجَبَ عَلَيْهِ

غاية البيان

وهذا لا يجوزُ، وليسَ كذلكَ البيعُ؛ لأنَّ المِلْكَ يتتقلُ برضا البائعِ، فلذلِكَ اسْتوىٰ ما فيهِ ضررٌ، وما لا ضررَ فيهِ»[1].

قولُه: (فَإِذَا قُضِيَ لَهُ بِالدَّارِ؛ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، وَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﵀ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ)، يعْني: أنَّ عندَ مُحمَّدٍ ﵀: لا يُقْضَىٰ بالشُّفعةِ قبلَ إحْضارِ الثَّمنِ، ومعَ هذا لو قُضِيَ بِها قبلَ الإحضارِ؛ ينْفُذُ القضاءُ عندَه أيضًا؛ لوُقوعِه في [٧/١٠٥و/م] محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيهِ[2].

قالَ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: «فإنْ عَجَّلَ القاضي، فقضىٰ لهُ بالشُّفعةِ [بالثَّمنِ][3]، ثمَّ أبىٰ الشَّفيعُ أن يدفعَ الثَّمنَ؛ حبَسَه في السِّجنِ حتَّىٰ يدفعَ المالَ، ولا يُنْقَضُ الأخذُ بالشُّفعةِ؛ لأنَّ هذا بمنزلةِ الشِّراءِ منَ البائعِ [للمُشْتَرِي][4]».

وقالَ الكَرْخِيُّ أيضًا: «فإنْ طلبَ الشَّفيعُ أجلًا في المالِ؛ أجَّلَه القاضي يومينِ أوْ ثلاثةً، فإنْ أحضرَ المالَ وإلَّا أبطلَ شُفْعتَه»[5].

ونَقَلَ في «الأجناس» عَن «نوادر ابن رُستم ﵀»: «فإنْ قالَ الشَّفيعُ: إن لم أُعْطِكَ الثَّمنَ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ؛ فأنا بَرِيءٌ منَ الشُّفعةِ، أوْ كانَ القاضي هوَ الَّذي أجَّلَه

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١١٩/١٤]، «تحفة الفقهاء» [٥٥/٣]، «تبيين الحقائق» [٢٤٥/٥]، «مجمع الأنهر» [٤٧٦/٢]، «تكملة البحر الرائق» [١٤٩/٨].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

ثَمَنُ فَيَحْبِسُ فِيهِ، فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ: ادْفَعِ الثَّمَنَ إِلَيْهِ؛ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي.

غاية البيان

ورضِيَا به، فلَم يُعْطِه حتَّىٰ مضتِ المدَّةُ؛ بطلتِ الشُّفعةُ»[1].

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «القاضي يُؤجِّلُ الشَّفيعَ لإحضارِ الثَّمنِ قَدْرَ ما يَرىٰ. فإنْ أحضرَ الثَّمنَ في تلكَ المدَّةِ قضىٰ له، وإلَّا بطَلَ شُفعتُه»[2].

قولُه: (فَلَوْ أَخَّرَ أَدَاءَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا قَالَ لَهُ: ادْفَعِ الثَّمَنَ [إِلَيْهِ][3]؛ لَا تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَكَّدَتْ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي).

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «قالَ ابنُ سَمَاعَةَ: سمعتُ مُحَمَّدًا ﷺ قالَ في رَجُلٍ اشترىٰ دارًا، فجاءَ الشَّفيعُ فطلبَ أخْذَها بالشُّفعةِ، فقالَ المُشْتَرِي: هاتِ الثَّمنَ وخُذْها بشُفْعتِك. قالَ: نعَمْ. وقالَ: آتيكَ بِه، ثمَّ لم يُخاصمْه الشَّفيعُ، ولمْ يأتِ بالثَّمنِ حتَّىٰ مَضىٰ شهرٌ. قالَ: أُبطِلُ شُفْعتَه، أستحْسِنُ هذا في شهرٍ».

قالَ: «ولوْ خاصَمَه الشَّفيعُ إلىٰ القاضي، فأقرَّ المُشْتَرِي أنَّه شفيعٌ، وقالَ: هاتِ الثَّمنَ وخُذْها، فأمَرَه الحاكمُ أن يدفعَ الثَّمنَ [إليْه][3] ويأخذَ منه الدَّارَ؛ فذلِكَ لَه. فإنْ أخَّرَه شهرًا أو أكثرَ مِن ذلِكَ لمْ تَبطُلْ شُفْعتُه عندَ محمَّدٍ ﷺ استحْسانًا»[4]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحِه»: «أمَّا إذا لم يُخاصِمْ حتَّىٰ مضىٰ شهرٌ؛ بطَلَتْ شُفْعتُه عندَ مُحَمَّدٍ ﷺ استحْسانًا، ولمْ يَبْطُلْ في قولِهما إذا كانَ أَشهدَ، وقد قدَّمنا هذِه المسْألةَ، وأمَّا إذا خاصَمَه في الشَّهرِ إلىٰ القاضي وطلَبَه بالشُّفعةِ، فقالَ له

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١١٣].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٧٧].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

قَالَ: وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ وَالمَبِيعُ فِي يَدِهِ؛ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ اليَدَ لَهُ وَهِيَ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ حَتَّىٰ يَحْضُرَ المُشْتَرِي

القاضي: ادفعِ الثَّمنَ فأخَّره؛ لمْ تبطُل شُفعتُه عندَ مُحمَّدٍ ﵀؛ لأنَّه يجعلُ تركَ الخصومةِ في الشَّهرِ إعراضًا عنِ الشُّفعةِ، فإذا خاصمَ فيها إلىٰ القاضي ولم يعرضْ لمْ تَبطُل شُفعتُه، ولهذا يجبُ أن يؤجِّلَ القاضي للشَّفيعِ أجَلًا حتىٰ لا يتضرَّرَ المُشْتَرِي بالتَّأخيرِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائِعَ وَالمَبِيعُ فِي يَدِهِ؛ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِي الشُّفْعَةِ[2])، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يسمعُ القاضي البيِّنةَ حتىٰ يحضرَ المُشْتَرِي فيفسخُ البيعَ بمشهدٍ منه، ويقضي بالشُّفعةِ، ويجعل العُهدةَ عليه»[3].

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «فإذا صحَّ [٣/١١٢و] الإشهادُ علىٰ ما ذكرْنا، وأرادَ أن يُقْضَىٰ له بالدَّارِ بالشُّفعةِ [٧/١٠٥ظ/م]، فإنْ كانتِ الدَّارُ لم تُقبضْ؛ أَحضرَ البائعَ والمُشْتَرِيَ جَميعًا، ولا يُقضىٰ له حتَّىٰ يحضُرا جميعًا، فإنْ أحضرَ أحدَهُما دون الآخرِ؛ لم يُحْكَم لَه، فإن كانتِ الدَّارُ قد قبضتْ؛ فالخصمُ هو المُشْتَرِي وحدَه، فإذا أُحضرَ حكمَ عليْه، فإذا حكمَ الحاكمُ بالشُّفعةِ عَلىٰ ما ذكرْنا، والدَّارُ في يدِ البائعِ؛ انتقضَ البيعُ الَّذي كانَ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي، ويسلمُ الشَّفيعُ الثَّمنَ إلىٰ البائعِ، وكانتْ عهدةُ الشَّفيعِ بِالثَّمنِ عَلىٰ البائِعِ، ويَرْجعُ المُشْتَرِي علىٰ البائِعِ بالثَّمنِ إذا كانَ نقدَه»[4]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀ فيه.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٠/ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «بالشُّفعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٧].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٨/ داماد].

. . . .

غاية البيان

أمَّا ثبوتُ مخاصمةِ البائعِ: فإنَّ له في الدَّارِ يدًا مستحقَّةً، فكانتِ الخصومةُ ثابتةً قبلَه كالمالكِ، ولأنَّ حقَّ الشَّفيعِ يثبتُ بخروجِ المَبيعِ مِن ملكِ البائعِ قبلَ دُخولِه في مِلْكِ المُشْتَرِي، وصارَ كمَنِ ادَّعىٰ أنَّه اشترىٰ هذِه الدَّارَ قبلَ هذا المُشْتَرِي، فيثبتُ لَه مُخاصمةُ البائعِ، إلّا أنَّ القاضي لا يحكمُ بينَهُما إلَّا بحضورِ المُشْتَرِي؛ لأنَّ القضاءَ علىٰ البائعِ بالشُّفعةِ فسخٌ لِملكِ المُشْتَرِي، فَلا يجوزُ إلَّا بحضورِه، أو بِحضورِ مَن قامَ مَقامَهُ، ولأنَّ لَه حقًّا في الحضورِ؛ ليُدليَ بحُجَّتِه، فوقفَ الحُكْمُ علىٰ حضورِه.

وأمَّا إذا كانتِ الدَّارُ قَد قُبِضَتْ: فالخَصمُ هوَ المُشْتَرِي وحْدَه، فإذا أحضرَه حكَمَ عليْه؛ لأنَّ البائعَ لا مِلْكَ لَه ولا يدَ، فَصارَ بعدَ التَّسليمِ كالأجنبيِّ، فلا يُعتبرُ حضورُه في صحَّةِ الحُكْمِ.

قالَ الكَرْخِيُّ ﵀: «وإذا حَكَمَ الحاكمُ بالشُّفعةِ علىٰ ما ذكرْنا، والدَّارُ في يدِ البائعِ؛ انتقضَ البيعُ الَّذي كانَ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي، ويسلِّمُ الشَّفيعُ الثَّمنَ إلىٰ البائعِ، وكانَتْ عهدةُ الشَّفيعِ علىٰ البائعِ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِي علىٰ البائعِ بالثَّمنِ إنْ كانَ نقَدَه».

أمَّا فسْخُ البيعِ: فهُو المَشهورُ مِن قولِهم. كذا قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «شرحه».

ثمَّ قالَ فيهِ: «ورَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عن أبي يوسُف ﵀: أنَّ البيعَ لا يَنتقِضُ»[1].

«وجهُ قولِهم المشْهورِ: أنَّ حقَّ الشَّفيعِ سابقٌ لحقِّ المُشْتَرِي، فإذا قُضي له بالمِلكِ بحقٍّ سابقٍ انفسخَ ملْكُ المُشْتَرِي، كما لو قُضِيَ للمستحقِّ، ولأنَّ القضاءَ مُسْقطٌ لقبضِ المُشْتَرِي، وما أسقطَ القبضَ أبطلَ البيعَ كهلاكِ المَبيعِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٨/ داماد].

. . . .

ولأبي يوسُف ﷺ: أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تجبُ بسببِ الشِّراءِ، فصارتْ من حقوقِه، وحقوقُ الشيءِ لا تنافيه، ولأنَّ الشُّفعةَ لمَّا تعلَّقتْ بعقدِ البَيعِ؛ لَمْ يَجُزْ أن ينفسخ بها؛ لأنَّ ذلِكَ يُؤدِّي إلى سُقوطِها.

قالَ أبو يوسُف ﷺ: وقياسُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في جوازِ بيعِ العَقَارِ قبلَ القبضِ: ينبغي ألَّا ينفسخَ البيعُ بأخذِ الشَّفيعِ؛ لأنَّ الشَّيءَ مأخوذٌ من مِلْكِه، فكأنَّه باعَه».

قالَ: «وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ منَ المُشْتَرِي يقومُ قبضُه مقامَ قبضِه، فلا يُؤدِّي ذلِكَ إلى إسقاطِ القَبضِ، وقبضُ [٧/١٠٦ظ/م] الشَّفيع لا يقومُ مَقامَ قبضِ المُشْتَرِي، فيُؤدِّي ذلِكَ إلى إسْقاطِ القبضِ».

وقالَ الكَرْخِيُّ أيضًا في «مختَصره»: «وإنْ أخذَ الدَّارَ بالشُّفعةِ مِن يدِ المُشْتَرِي؛ فالبيعُ الأوَّلُ صحيحٌ، ويدفعُ الشَّفيعُ الثَّمنَ إلى المُشْتَرِي، وعهدةُ الشَّفيعِ علىٰ المُشْتَرِي، وذلِكَ لأنَّ الشَّيءَ انتقلَ مِن مِلْكِ المُشْتَرِي، فلَمْ يجبْ بذلِكَ فسخُ بَيْعِه كما لوْ باعَه».

وأوردَ القُدُورِيُّ في «شرحِه» هُنا سؤالًا وجوابًا فقالَ: «فإنْ [٣/١١٢د] قيلَ: إذا كانَ الشَّفيعُ يستحقُّ بسببٍ سابقٍ لحقِّ المُشْتَرِي، فإذا أخذ الشَّيءَ من يد المُشْتَرِي؛ انفسخَ مِلْكُ المُشْتَرِي، كما ينفسخُ إذا أخذَ من يدِ البائعِ، أصْلُه: المستحقُّ إذا أخذَ مِن يدِ المُشْتَرِي.

والجوابُ: أنَّ أخذَ الشَّفيعِ مِن يدِ المُشْتَرِي لوْ كانَ فسخًا؛ لَمْ يَجُزْ أنْ يقضيَ إلَّا بحضورِ البائعِ، فلمَّا اتَّفقوا أنَّه يُقضىٰ علىٰ المُشْتَرِي بالشُّفعةِ بغيرِ محضرِ البائعِ؛ دلَّ علىٰ أنَّ الأخذَ منهُ ليسَ بفسخٍ، ويُفارِقُ هذا الاستحقاقَ؛ لأنَّه يتبيَّنُ بالاستحقاقِ

....

أنَّ البائعَ لمْ يكُن مالكًا لِما باعَ، فإذا لم يَجُزِ المُستحقُّ بطلَ البيعُ، وفي مسألةِ الشُّفعةِ لا يتبيَّنُ أنَّ البائعَ لم يكُنْ مالكًا، وإنَّما فَسخْنا البيعَ إذا أخذَ مِن يدِ البائعِ بسقوطِ القبضِ، وهذا لا يُوجدُ إذا أخذَ من يدِ المُشْتَرِي.

وإذا ثبَتَ ما ذَكَرْنا؛ قُلنا: إن كانتِ الدَّارُ أُخذتْ من يدِ البائعِ؛ فالعُهدةُ عليْه؛ لأنَّ العهدةَ ضمانُ الثَّمنِ عندَ الاستحْقاقِ، والبائعُ هوَ القابضُ للثَّمنِ، فكانَ ردُّهُ عليْه، ولأنَّ البيعَ انفسخَ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي، وانتقلَ المبيعُ من مِلْكِ البائعِ، فكانَتْ عهدتُه عليْه.

فأمَّا إذا أُخذتْ من يدِ المُشْتَرِي؛ فإنَّ العُهدةَ عليْه؛ لأنَّه هوَ القابضُ للثَّمنِ، ولأنَّ الشَّيءَ انتقلَ من مِلْكِه.

ورَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ وبِشْرُ بنُ الوليدِ عَن أَبي يوسُف ﷺ: أنَّ المُشْتَرِي إن كانَ نقَدَ الثَّمنَ، ولم يقبضِ الدَّارَ حتَّىٰ قُضيَ للشَّفيعِ بِالشُّفعةِ بمحضرٍ منَ البائعِ والمُشْتَرِي؛ فإنَّ الشَّفيعَ يقبضُ الدَّارَ من البائعِ، وينقدُ الثَّمنَ للمُشْتَرِي وعهدتُه عليْهِ، وإن كانَ لم ينقُدِ الثَّمنَ؛ دفعَ الثَّمنَ إلىٰ البائعِ وعهدتُه عليْه، وذلِكَ لأنَّ البائعَ إذا قبضَ الثَّمنَ، ولم يبْقَ لَه حقٌّ في إمساكِ المَبيعِ؛ فالقضاءُ عندَه ليسَ بفسخٍ لمِلكِ المُشْتَرِي، وإنَّما هوَ استحقاقٌ عليْه، فكانَ الثَّمنُ لَه، وإذا لم يقبضِ البائعُ الثَّمنَ، فإنَّ للبائعِ حبسَ المبيعِ حتَّىٰ يستوفيَ الثَّمنَ، فلَمْ يتوصَّلِ الشَّفيعُ إلىٰ أخذِ الدَّارِ إلَّا بدفعِ الثَّمنِ إلىٰ البائعِ»[1]. كذا ذَكرَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه» لـ«مُختَصَر الكَرْخِيِّ» ﷺ.

وهذا هُو مذهَبُنا، وعندَ الشَّافِعِيِّ[2] ﷺ: عهدةُ الشَّفيعِ علىٰ المُشْتَرِي في الوجهَين.

(١) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٨/ داماد]
(٢) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٨٣/٧]

. . . .

وقالَ زُفَرُ ﵀: عهدتُه علىٰ البائعِ في الوجهَينِ. كذا ذكرَ في «**شرح** [١٠٦/٧ظ/م] **الكافي**».

وجهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﵀: أنَّ التَّملُّكَ يقعُ علىٰ المالكِ، والمالكُ عندَ أَخذِ الشَّفيعِ الدَّارَ هوَ المُشْتَرِي، فتكونُ العهدةُ عليْه.

وَلِزُفَرَ ﵀: أنَّ التَّملُّكَ في الحقيقةِ يقعُ علىٰ البائعِ؛ لأنَّه يأخذُ الدَّارَ بطريقِ التَّقدُّمِ[1] علىٰ المُشْتَرِي، فتتحوَّلُ الصَّفقةُ إليْهِ، وينزلُ مَنزلةَ المُشْتَرِي في عينِ تِلكَ الصَّفقةِ.

ثمَّ تملُّكُ المُشْتَرِي واقعٌ علىٰ البائعِ، فكذلِكَ مَن نزلَ منزلتَه، ولكنَّا نقولُ: إنَّه يَصيرُ مُتملِّكًا علىٰ البائعِ بعقدِ المُشْتَرِي، فإنَّ حُكمَ العقدِ واقعٌ له، لكنَّ الشَّرعَ يحكمُ عليه ويجعلُ حكمَ عقدِه واقعًا للشَّفيعِ، فصارَ المُشْتَرِي عند أخذِ الشَّفيعِ الدَّارَ من المُشْتَرِي بمنزلةِ الوكيلِ، والعهدةُ تلزمُ الوكيلَ دونَ الموكِّلِ، غيرَ أنَّا اعتبرْنا جهةَ الوكالةِ في موضعِ أُخذ منه؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يُجعلَ كالبائعِ في حقوقِ العقدِ؛ لأنَّه تولَّىٰ العقدَ بتمامِه، وقبلَ القبض ما تولَّاه بتمامِه، وقد قدَّمَ الشَّرعُ الشَّفيعَ عليْه، ومن ضرورةِ تقدُّمِه [١١٣/٣و] عليْه أَن يخرجَ هُو منَ البَينِ، ولأنَّه إنَّما يُرجَعُ بالثَّمنِ علىٰ من أخذَ الثَّمنَ، وقد أخذَ الثَّمنَ البائعُ، فتكونُ العهدةُ عليْهِ ضرورةً.

وقالَ في كتابِ «التَّفريع» لأصْحابِ مالكٍ ﵀: «وعُهدةُ الشَّفيعِ علىٰ المُشْتَرِي، ودرَكُه في الاستحقاقِ لازمٌ لهُ دونَ البائعِ، وسواءٌ أَخذَ بالشُّفعةِ قبلَ القبضِ أوْ بعدَه»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «التقديم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلَّاب [٣٤٥/٢].

فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ وَيَجْعَلُ الْعُهْدَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي وَالْيَدَ لِلْبَائِعِ، وَالْقَاضِي يَقْضِي بِهِمَا لِلشَّفِيعِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ قَدْ قُبِضَتْ حَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ حُضُورُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَجْنَبِيًّا إِذْ لَا يَبْقَى لَهُ [١٦٠/ط] يَدٌ وَلَا مِلْكٌ.

وَقَوْلُهُ: فَيَفْسَخُ الْبَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ إِشَارَةٌ إِلَى عِلَّةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ الْبَيْعَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ يَنْفَسِخُ لَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ لِيَقْضِيَ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ، ثُمَّ وَجْهُ

غاية البيان

وقالَ الخِرَقِيُّ مِن أصْحابِ أحمدَ بنِ حنبلٍ ﷺ: «وعهدةُ الشَّفيعِ على المُشْتَرِي، وعهدةُ المُشْتَرِي على البائعِ»[1].

وقولُه: (فَيَفْسَخُ البَيْعَ بِمَشْهَدٍ مِنْهُ)، أيْ: بمحضرٍ من المُشْتَرِي.

قولُه: (إِشَارَةٌ إِلَى عِلَّةٍ أُخْرَى)، يعْني: أنَّ العِلَّةَ في فسخِ البيعِ بحضورِ المُشْتَرِي شيئانِ:

أحدُهُما: أنَّ المِلكَ الذي له يُقضى به للشَّفيعِ عليْه، فلا بدَّ من حضورِه كيلا يقعَ قضاءٌ على الغائِب.

والثاني: فسخُ البيعِ عَلى المُشْتَرِي، فلا بدَّ من حضورِه أيضًا لِما قُلنا.

ومعْنى الفسخِ: أن يكونَ في حقِّ الإضافةِ لا غيرُ، بأن يكونَ البيعُ المضافُ إلى المُشْتَرِي في قولِ البائع: بعتُ منكَ. مضافًا إلى الشَّفيعِ، كأنَّ البائِعَ قالَ للشَّفيعِ: بعتُ منكَ بتحوُّلِ الصَّفقةِ منَ المُشْتَرِي إلى الشَّفيعِ، عَلى أن يُجعلَ البيعُ الَّذي وقعَ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي؛ كأنَّه وقعَ بينَ البائِعِ والشَّفيعِ، وليسَ المُرادُ أن ينتقضَ البيعُ أصلًا؛ لأنَّه لوِ انفسخَ من الأصلِ لَم يكُن للشُّفعةِ وجودٌ؛ لأنَّ الشُّفعةَ

(١) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص٧٦].

هَذَا الْفَسْخ الْمَذْكُورِ أَنَّ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَهُوَ يُوجِبُ الْفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى أَصْلَ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إِلَيْهِ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هُوَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ وَلِهَذَا يَرْجِعُ بِالْعُهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ، بِخِلَافِ ما إِذَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِهِ حَيْثُ يَكُونُ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ مِلْكُهُ بِالْقَبْضِ.

وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ امْتَنَعَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْفَسْخَ، وَقَدْ طولنا الْكَلَامَ فِيهِ فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي» بِتَوْفِيقِ اللهِ ﷻ.

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ؛ فَهُو الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ.

تقتضي سابقةَ وجودِ البَيعِ، وهذا معْنى قولِه: (يَبْقَى أَصْلُ الْبَيْعِ لِتَعَذُّرِ انْفِسَاخِهِ).

قولُه: (لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ)، تعليلٌ لقولِه: (أَنْ يَنْفَسِخَ فِي حَقِّ الْإِضَافَةِ)، يعْني: ينتفي قبْضُ الْمُشْتَرِي بسببِ أخذِ الشَّفيعِ الدَّارَ مِن البائِعِ لا مَحالةَ، فلمَّا انتفى قبضُهُ؛ وجَبَ القولُ بالفسخِ، لكِن لم يُمكنِ الفسخُ من الأصْلِ؛ لئلَّا تتعذَّرَ [٢/١٠٠٧م] الشُّفعةُ، فقيلَ بالانفِساخِ من حيثُ الإضافةُ فحسْبُ.

قولُه: (وَلِهَذَا يَرْجِعُ بِالْعُهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ)، إيضاحٌ لقولِه: (يَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إِلَيْهِ)، أيْ: إلى الشَّفيعِ.

قولُه: (وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا كانَ المبيعُ في يدِ البائِعِ، وأخذَ الشَّفيعُ منهُ.

قولُه: (وَقَدْ طَوَّلْنَا الْكَلَامَ فِيهِ فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي»[1])، وقدِ اندرجَ ذلِكَ فيما بينَّا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا لِغَيْرِهِ؛ فَهُوَ الْخَصْمُ لِلشَّفِيعِ)، أيْ: قالَ

(١) ينظر: الجزء الثاني، اللوحة (١٣١) من نسخة آيا صوفيا برقم (١٥١٧).

وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ.

غاية البيان

الْقُدُورِيُّ ﵀ في «مختَصَره»، وتمامُه فيهِ: «إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَىٰ الْمُوَكِّلِ»[1]، يعْني: إذا اشْترىٰ دارًا لأجْلِ غيرِه بِالوكالةِ عنهُ؛ يكونُ الوكيلُ هوَ الخصمَ للشَّفيعِ، وذلكَ لأنَّ الشُّفعةَ مِن حقوقِ العقدِ، وحقوقُ العقدِ عندَنا تتعلَّقُ بالعاقِدِ، فتتوجَّهُ الخصومةُ علىٰ الوكيلِ؛ لأنَّه العاقدُ، فصارَ الوكيلُ كالمُشْتَرِي لنفسِه.

بِخلافِ ما إذا سلَّمَ الدَّارَ إلىٰ الموكِّلِ، حيثُ تتوجَّهُ الخصومةُ عليْه؛ لأنَّه لم يبْقَ للوكيلِ يدٌ في الدَّارِ ولا مِلْكٌ، فصارَ كالبائعِ إذا سلَّمَ إلىٰ المُشْتَرِي؛ يخرجُ مِن الخصومةِ بِالتَّسليمِ، غيرَ أنَّ البائعَ لا يكونُ خَصمًا إذا كانتِ الدَّارُ في يدِه حتَّىٰ يحضرَ المُشْتَرِي، والوكيلُ إذا قبضَ خصمٌ، وإن لَم يحضُرِ الموكِّلُ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ لَم يُقمِ البائعَ مقامَ نفسِه، فلمْ يَجُزْ فسخُ المِلْكِ عليْه مِن غيرِ حُضورِه.

وأمَّا الموكِّلُ: فقدْ أَقامَ الوكيلَ مقامَ نفسِه، ورَضِيَ بِه، فجازَ أَن يُفْسخَ المِلكُ بمخاصمتِه، وإن لَم يحضُرِ الموكِّلُ.

وقالَ الإمامُ [٣/١١٣ظ] الأَسْبِيجَابِيُّ ﵀ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «ومَنِ اشْترىٰ دارًا لرَجُلٍ بأمْرِه وقبَضَها، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ فطلبَ الشُّفعةَ؛ فإنَّه يُنظرُ، إن كانَ الوكيلُ لَم يسلِّمِ الدَّارَ إلىٰ الموكِّلِ كانَ لِلشَّفيعِ أنْ يَأْخُذَ الدَّارَ منهُ، ويكتبَ عهدتَه عليْه، وينقُدَ الثَّمنَ إليْه، ويدفعُه الوكيلُ إلىٰ الموكِّلِ، وإن كانَ الوكيلُ سلَّمَ الدَّارَ إلىٰ الموكِّلِ أخذَها منهُ وينقدُ الثَّمنَ إيَّاه، ويكتبُ العهدةَ عليْه.

ورُوِيَ عَن أبي يوسُف ﵀ **أنَّه قالَ**: لا يأخذُ مِن يدِ الوَكيلِ؛ لأنَّه إنَّما اشْتراها للموكِّلِ، وهوَ ليسَ بخصمٍ فيها، ولكِن يُقالُ: سلِّمِ الدارَ إلىٰ الموكِّلِ، ثمَّ يأخذُها الشَّفيعُ منهُ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

قَالَ: إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَىٰ الْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ يَدٌ وَلَا مِلْكٌ فَيَكُونُ الْخَصْمُ هُوَ الْمُوَكِّلُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِنَ الْمُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ كَتَسْلِيمِ الْبَائِعِ إِلَىٰ الْمُشْتَرِي فَيَصِيرُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكِّلِ فَيُكْتَفَىٰ بِحُضُورِهِ فِي الْخُصُومَةِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَكِيلَ الْغَائِبِ، لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

وفي ظاهرِ الرِّوايةِ: ما ذكرْنا، أنَّه يأخذُ من يدِ الوكيلِ إذا كانَ في يدِه؛ لأنَّ حقوقَ العقدِ راجعةٌ إلىٰ العاقدِ، فيكونُ في حقوقِ عقدِه كالمالِكِ، والشُّفعةُ مِن حقوقِ العقدِ»[1].

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّ الوَكِيلَ كَالبَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ)، وهو مذهبُ الكَرْخِيِّ ﵀.

وقدِ اختلفَ مَشايخُنا ﵏ في العقودِ الَّتي يتعلَّقُ الحقوقُ فيها بالوكيلِ: أنَّ المِلكَ فيها ينتقلُ منَ الوَكيلِ إلىٰ الموكِّلِ بعدَ انتِقالِه إلىٰ الوكيلِ، أمْ ينتقلُ إلىٰ الموكِّلِ ابتداءً؟

فذهبَ [٧/١٠٧ظ/م] الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﵀ إلىٰ الأوَّلِ، وأبو طاهرٍ الدَّبَّاسُ ﵀ إلىٰ الثَّاني، وبِه قالَ الشَّافِعِيُّ ﵀، وقد مرَّ البحثُ فيهِ مُستوفًىٰ في أوائلِ «كتابِ الوكالةِ».

قولُه: (وَكَذَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَصِيًّا لِمَيِّتٍ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا)، يعْني: يكونُ الوصيُّ هوَ الخصمَ للشَّفيعِ إذا باعَ ما يجوزُ بَيْعُه؛ لأنَّه العاقدُ.

بيانُ ذلِكَ: أنَّ الورثةَ إذا كانَ كلُّهُم كبارًا حضورًا، ولا دَينَ ولا وصيَّةَ؛ فلَيسَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٨٠].

قَالَ: وَإِذَا قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ، وَلَمْ يَكُنْ رَآهَا؛ فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ،

غاية البيان

لِلوصيِّ بيعُ شيءٍ منَ التَّركةِ؛ لعدمِ الولايةِ على الكِبارِ، فإنْ كانَ الكبارُ غُيَّبًا؛ فله بيعُ العروضِ دونَ العَقَارِ؛ لأنَّ له ولايةَ الحِفظِ، وإن كانَ الورثةُ صغارًا؛ فلَه بيعُ الكلِّ؛ لأنَّه قائمٌ مقامَ الأبِ، ولوْ كانوا صغارًا وكبارًا؛ فلَه بيعُ العروضِ والعَقَارِ من نَصيبِ الصِّغار والكِبارِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالا: له بيْعُ نصيبِ الصِّغارِ من العروضِ والعقارِ، دونَ نصيبِ الكبارِ الحضور، فإنْ كانوا غُيَّبًا؛ باعَ عُرُوضَهم لا عَقَارَهم. كذا في **«المُختلف»**[1].

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالدَّارِ، وَلَمْ يَكُنْ رآهَا؛ فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَة**)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في **«مختصَره»**[2]، وذلِكَ لأنَّ الشَّفيعَ معَ المُشْتَرِي بمنزلةِ المُشْتَرِي معَ البائعِ، ثمَّ المُشْتَرِي لَه أن يردَّ بخيارِ الرُّؤيةِ والعيبِ، فكذلِكَ الشَّفيعُ له أن يردَّ بالخيارينِ على الَّذي أخذَ منهُ، وإن كانَ شراءُ المُشْتَرِي بشرطِ البَراءةِ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ لَم يكُن نائبًا عنِ الشَّفيعِ، فلا يكونُ سقوطُ الرَّدِّ في حقِّ المُشْتَرِي سقوطًا في حقِّ الشَّفيعِ.

قالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ ﷺ في «شرح الجامعِ الكَبيرِ»: «الأخذُ بالشُّفعةِ شراءٌ من وجهٍ من حيثُ إنَّه تملُّكٌ بثمنٍ معلومٍ، حتَّى يثبتَ لَه خيارُ الرُّؤيةِ، وخيارُ العيبِ، واستيفاءُ حقِّه من وجهٍ، حتَّى يستوي فيهِ القضاءُ وعدمُ القضاءِ، والرِّضا وعدمُ الرِّضا، ولوْ بطلَ يبطلُ [لا][3] إلى خلفٍ، حتَّى لا يكون المأخوذُ منهُ ضامنًا له سلامةَ البناءِ ونحوه.

مثالُه: إذا أخذَ الشَّفيعُ [٣/١٠١ظ] الدَّارَ بالشُّفعةِ؛ فلَه خيارُ الرُّؤيةِ وخيارُ العيبِ،

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٣١/٤].
(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص١٠٩].
(٣) ما بين المعقوفين زيادة من «ب» و«م» و«ج» و«غ».

وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَلَا يَسْقُطُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي وَلَا بِرُؤْيَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

سواءٌ كانَ ذلِكَ لِلمُشْتَرِي أَوْ لَم يكُنْ، ولوْ بنىٰ فيها بناءً أو غرسَ غَرسًا، ثمَّ استُحِقَّتِ الدَّارُ والعقارُ، وأُمِرَ بقَلْعِ البناءِ والغَرْسِ؛ يرْجعُ علىٰ مِن أخذَ منهُ بالثَّمنِ، ولا يَرْجعُ بقيمةِ البناءِ والغَرْسِ عليهِ؛ لأنَّه لم يضمنْ لَه سلامةَ البناءِ؛ لأنَّه أخذَه علىٰ كرهٍ منهُ، إنْ أخذَه بقضاءٍ، وكذا إذا أخَذَه بغيرِ قَضاءٍ؛ لأنَّه مستوْفي عينِ حقِّه؛ لأنَّه إنَّما يأخذُ بحقٍّ متقدِّمٍ علىٰ البيعِ؛ لكوْنِه متقدِّمًا علىٰ الدَّخيلِ، فيَسْتوِي فيه القضاءُ وغيرُ القضاءِ، كالرُّجوعِ في الهبةِ لما كانَ الرَّاجعُ أخذَ عينَ حقِّه بحقٍّ متقدِّمٍ علىٰ الهبةِ؛ يستَوي فيه القضاءُ والرِّضا».

قولُه: (فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ)، أيْ: للشَّفيعِ ولايةُ الرَّدِّ بالعَيبِ [٧/١٠٨ظ/م]، وإن كانَ المُشْتَرِي أبرأَ بائعَه مِن عيبِ المَبيعِ، وأسقطَ خيارَه فيهِ.

قولُه: (وَلَا يَسْقُطُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي)، أيْ: لا يَسقطُ خيارُ العيبِ من الشَّفيعِ بسقوطِه من المُشْتَرِي، إذا شرطَ المُشْتَرِي براءةَ البائعِ منَ العيبِ في حالةِ الشِّراءِ.

قولُه: (فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ)، أيْ: لا يملكُ المُشْتَرِي إسقاطَ خيارِ الشَّفيعِ بالعيبِ والرُّؤيةِ.

فَصْــلٌ
فِي الِاخْتِلَافِ

قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ [١٦١/و]؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَدَّعِي اِسْتِحْقَاقَ الدَّارِ عَلَيْهِ عِنْدَ نَقْدِ الْأَقَلِّ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي عَلَيْهِ

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي الِاخْتِلَافِ

لمَّا ذَكرَ حكمَ اتِّفاقِ الشَّفيع والمُشْتَرِي: ذَكرَ حُكْمَ اختلافِهِما؛ لأنَّ الأصلَ عدَمُ الاختِلافِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[١].

إذا قالَ المُشْتَرِي: اشتريتُ بألفينِ، وقالَ الشَّفيعُ: اشتريتَ بألفٍ؛ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي معَ يَمينِه؛ لأنَّ الشَّفيعَ يدَّعي على المُشْتَرِي استحْقاقَ المَبيعِ بِما يذكرُه مِنَ الثَّمنِ، والمُشْتَرِي يُنكرُه؛ فالقولُ قولُ المُنكرِ معَ يَمينِه، ولا يجبُ التَّحالفُ هُنا؛ لأنَّ المُشْتَرِي لا يدَّعي على الشَّفيع شيئًا، لأنَّ الشَّفيعَ مخيَّرٌ بين أخْذِ المَبيعِ وتَرْكِه، فلَمْ يتحقَّقْ كونُه مدَّعًى عليْه؛ لأنَّه هوَ الَّذي إذا ترَكَ الدَّعوىٰ لا يُتْرَكُ، والشَّفيعُ إذا تركَ الدَّعوىٰ يُتْرَكُ، فلمْ يكُن اختلافُهما في معْنىٰ ما وردَ بِه النَّصُّ، وهوَ قولُه ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ؛ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[٢]، فلا جَرَمَ لَم يجِبِ التَّحالُفُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص١٠٨].

(٢) مضىٰ الكلام عليه.

اِسْتِحْقَاقَ الدَّارِ فَالْمُشْتَرِي لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا لِتَخَيُّرِهِ بَيْنَ التَّرْكِ وَالْأَخْذِ وَلَا نَصَّ هُنَا، فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قَالَ: وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ، فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا فَصَارَ كَبَيِّنَةِ الْبَائِعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ.

غاية البيان

قولُه: (لِتَخَيُّرِهِ)، أي: لتخيُّرِ الشَّفيعِ.

قولُه: (وَلَا نَصَّ هُنَا)، أيْ: لم يَرِدْ نصٌّ بالتَّحالُفِ في اختِلافِ الشَّفيعِ والمُشْتَرِي.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ، فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1].

اعلَمْ: أنَّه إذا أقامَ أحدُهُما البيِّنَةَ على الانفِرادِ قُبِلَتْ بيِّنتُه؛ لأنَّه يُورِدُ دعْواهُ بالحُجَّةِ، وإذا أقاما جميعًا؛ فبيِّنةُ الشَّفيعِ أَوْلَى عندَهُما خلافًا لأبي يوسُفَ ﷺ[2].

له: أنَّ المُشْتَرِي بمنزلةِ البائعِ في حقِّ الشَّفيعِ؛ لأنَّه يستفيدُ المِلكَ من جهتِه، ثمَّ البائعُ والمُشْتَرِي إذا اختَلفا في الثَّمنِ، وأقاما البيِّنَةَ؛ كانَ بيِّنةُ البائعِ [٣/١١٤ظ] أَوْلَى؛ لأنَّها تُثبتُ الزِّيادةَ، والبيِّناتُ وُضِعتْ للإثباتِ، فكذلِكَ هُنا كانَ بيِّنةُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٨].

(٢) قال في «التصحيح»: ورجح دليلهما في الشروح، واعتمده المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة. ينظر: «الجامع الصغير» [ص/٣٦١]، «المبسوط» [٩٩/١٤]، «تحفة الفقهاء» [٦٠/٣]، «بدائع الصنائع» [٣١/٥]، «المحيط البرهاني» [٢٩٣/٧]، «تبيين الحقائق» [٢٤٧/٥]، «التصحيح والترجيح» [ص/٢٦٢]، «تكملة البحر الرائق» [١٥١/٨]، «رد المحتار» [٢٤٨/٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [١١٥/٢].

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا فَيَجْعَل كَأَنَّ الْمَوْجُودَ بَيْعَانِ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْبَائِعِ مَعَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَالَى بَيْنَهُمَا عَقْدَانِ إِلَّا بِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ وَهُنَا الْفَسْخُ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَة

غاية البيان

المُشْتَرِي أَوْلىٰ؛ لأنَّها تُثبتُ الفضلَ، فصارَ كَبيِّنَةِ الوكيل [مع بيِّنةِ الموكِّل][1] في اختِلافِهما في قدرِ الثَّمنِ، حيثُ تكونُ بيِّنةُ الوكيلِ أوْلىٰ.

وكذلِك إِذا اختلفَ المُشْتَرِي منَ العدوِّ والموْلىٰ القَديمِ في ثمنِ العبدِ الَّذي باعَه العدوُّ؛ يكونُ بيِّنةُ المُشْتَرِي أوْلىٰ.

ولهُما: أنَّه لا تنافيَ بينَ موجبَي البيِّنتين، فيُجعلُ كأنَّ الأمرينِ [٧/١٠٨ظ/م] كانا، فيثبتُ بحُجَّةِ الشَّفيعِ البيعُ بألفٍ، ويثبتُ بحُجَّةِ المُشْتَرِي البيعُ بألفينِ، فكانَ الشَّفيعُ مخيَّرًا، إن شاءَ أخذَ بِما أثبتَ بيِّنةُ الشَّفيعِ، وإن شاءَ أخذَ بِما أثبتَ بيِّنةُ المُشْتَرِي.

وعِلَّةٌ أُخرىٰ اعتلَّ بها أبو يوسُف ﷺ ولمْ يأخُذ بها، فقالَ: البيِّناتُ وُضعتْ للإلزامِ، وبيِّنةُ الشَّفيعِ مُلزمةٌ؛ لأنَّه يأخذُ الدَّارَ ببيِّنتِه شاءَ المُشْتَرِي أو أَبىٰ، وبيِّنةُ المُشْتَرِي ليستْ بمُلزمةٍ؛ لأنَّ للشَّفيعِ ألَّا يأخذَ الدَّارَ، والبيِّناتُ وُضعتْ للإلزامِ، وبيِّنةُ الشفيعِ مُلْزمةٌ، فكانَ الأخذُ ببيِّنتِه أَوْلَىٰ، ولأنَّه أشبهَ بِالمدَّعينَ؛ لأنَّ حدَّ المُدَّعِي مَن إذا تَركَ الدَّعوىٰ تُركَ، والشَّفيعُ بهذِه الصِّفةِ، فكانَ العملُ ببيِّنتِه أولىٰ.

والحاصلُ هُنا: ما قالَه في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** ﷺ»: وهوَ أنَّ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ عِلَّتيْنِ في هذِه المسأَلةِ:

إحْداهُما: اعتلَّ بِها أَبو يوسُف ﷺ لأبي حَنِيفَةَ، ولَم يأخُذْ بِها.

والأخْرىٰ: اعتلَّ بها مُحَمَّدٌ ﷺ وأخذَ بِها.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَائِعِ وَالْمُوَكِّل كَالْمُشْتَرِي مِنْهُ، كَيْفَ وَأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ. وَأَمَّا الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ قُلْنَا ذَكَرَ فِي: «السِّيَرِ الْكَبِيرِ» أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الْمَالِكِ الْقَدِيمِ.

غاية البيان

فأمَّا عِلَّةُ أبي يوسُف ﷺ: فلأنَّ الشَّفيعَ ههُنا أشبه بالمدَّعينَ؛ لأنَّ علامةَ المُدَّعِي أَن يكون مُخيَّرًا في دعْواه، وإذا تَرَكَ دعْواه تُرِكَ، وههُنا الشَّفيعُ مخيَّرٌ في الدَّعْوىٰ، والمُشْتَرِي مجبورٌ علىٰ الدَّعْوىٰ، والبيِّنةُ إنَّما تُقبلُ منَ المُدَّعِي.

وأمَّا عِلَّةُ مُحمَّدٍ لأبي حَنِيفَةَ ﷺ التي أخذَ بِها: فهِيَ أنَّ المُشْتَرِي ظهرَ منهُ إقرارانِ: إقرارٌ بِما قالَه الشَّفيعُ، وإقرارٌ بِما يقولُه هُو، وقَد ظهرَ في حقِّ الشَّفيعِ عقدانِ جائِزانِ؛ فلَه أنْ يَأخُذَ بأيِّهما شاءَ، إذا كانَ العقدُ الثّاني لا يُفسخُ العقدُ الأوَّلَ في حقِّه، ألَا ترىٰ أنَّهما لوْ تبايَعا دارًا بألفِ دِرهمٍ، ثمَّ تبايَعا بألفينِ؛ فإنَّ العقدَ الثَّاني يرفعُ العقدَ الأوَّلَ في حقِّهما، وفي حقِّ الشَّفيعِ كِلاهُما قائمانِ، حتَّىٰ كانَ لَه أنْ يَأخُذَ بأيِّ العقْدينِ شاءَ، كذلِكَ ههُنا.

وهذا بِخلافِ البائِعِ معَ المُشْتَرِي إِذا اختَلفا وأقامَا جميعًا البيِّنةَ، فإنَّ البيِّنةَ بيِّنةُ البائِعِ؛ لأنَّ ثمَّةَ لمْ يظهَرْ إلَّا عقدٌ واحدٌ؛ لأنَّ العقدَ الثَّاني يرفعُ العقدَ الأوَّلَ في حقِّه، فكذلِكَ علىٰ العبارةِ الأولىٰ؛ لأنَّ البائِعَ أشبَه بالمدَّعي؛ لأنَّه لو تَرَكَ دعْواه تُرِكَ.

ولوِ اختلفَ الشَّفيعُ والمُشْتَرِي في مقْدارِ قيمةِ العرضِ الَّذي هوَ بدلُ الدَّارِ، فإنَّ القولَ قولُ المُشْتَرِي معَ يَمينِه، فإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ؛ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَرِي أيضًا؛ لأنَّه أثبتَ الفضلَ، وهذا قولُهُما، وهوَ قولُ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ علىٰ قياسِ العِلَّةِ الَّتي اعتلَّ بها محمَّدٌ ﷺ؛ لأنَّه ما ظهَر هُنا إلَّا عقدٌ [٧/١٠٩و/م] واحدٌ، وهوَ العقدُ علىٰ عرْضٍ بعَينِه، وإنَّما اختَلفا في قيمةِ العَرْضِ الَّذي وقعَ عليْه العقدُ.

فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لَا يَصِحُّ الثَّانِي هُنَالِكَ إِلَّا بِفَسْخِ الْأَوَّلِ، أَمَّا هُنَا بِخِلَافِهِ، ....

غاية البيان

وفي قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: على قياسِ العِلَّةِ الَّتي اعتلَّ بها أبو يوسُف [٣/١١٥و] ﵀: ينبَغي أن تكونَ البيِّنةُ بيِّنةَ الشَّفيعِ؛ لأنَّه أشبَه بالمدَّعي. وهكذا ذكرَ الطَّحَاوِيُّ[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** ﵀».

والجوابُ عمَّا قاسَ عليْه على بيِّنةِ الوكيلِ فنقولُ: لا نُسلِّمُ أنَّ بيِّنةَ الوكيلِ أوْلىٰ؛ لأنَّ القُدُورِيَّ ﵀ ذكرَ في شرحِه لـ«**مُختصر الكَرْخِيِّ**»: أنَّ ابنَ سَمَاعَةَ رَوَىٰ عَن مُحَمَّدٍ ﵀: أنَّ بيِّنةَ الموكِّلِ أوْلىٰ؛ لأنَّ البيِّنتينِ تعارَضَتا في قولِ الوَكيلِ، إحْداهُما لَه، والأُخرىٰ عليْهِ، فالَّتي عليْه أوْلىٰ، فإذَن لا فرقَ بينَ المسْألتَينِ.

وأمَّا على الرِّوايةِ المشْهورةِ: سلَّمْنا أنَّ البيِّنةَ بيِّنةُ الوكيلِ، ولكِن نقولُ: الشَّيءُ ينتقلُ إلىٰ الوكيلِ بعقدِه أوَّلًا، ثمَّ ينتقلُ منهُ إلىٰ الموكِّلِ ثانيًا، فينعقِدُ بينَ الوكيلِ والموكِّلِ عقدٌ آخَرُ حكمًا، فينفسخُ العقدُ الأوَّلُ به، فلا يظهرُ في حقِّه إلَّا عقدٌ واحدٌ بينَ الوَكيلِ والموكِّلِ، فصارَ الوكيلُ كالبائِعِ، والموكّلُ كالمُشْتَرِي[2].

ثمَّ البائعُ والمُشْتَرِي إذا اخْتلفا وأقاما البيِّنةَ؛ كانَ بيِّنةُ البائِعِ أَوْلَىٰ، فكذا يكونُ بيِّنةُ الوَكيلِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّه كالبائِعِ، بخِلافِ اختِلافِ الشَّفيعِ والمُشْتَرِي، فإنَّ العقدينِ قائِمانِ في حقِّ الشَّفيعِ، فيأخُذُ بأيِّهما شاءَ؛ لأنَّ الفسخَ لا يظهرُ في حقِّه، وهذا معْنىٰ قولِه: (**وَهُوَ التَّخْرِيجُ لِبَيِّنَةِ الوَكِيلِ**).

والجوابُ عَن قياسِه عَلىٰ المُشْتَرِي مِن العدوِّ فنقولُ: لا نُسلِّمُ أنَّ بيِّنةَ المُشْتَرِي أوْلىٰ مِن بيِّنةِ المالِكِ القَديمِ؛ لأنَّ محمَّدًا ﵀ ذكَرَ في «**السِّيرِ الكبير**»[3]:

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/٢٧٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٣/ داماد].

(٣) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٤/١٥٨].

وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ، وبَيِّنَةَ المُشْتَرِي غَيْرُ مُلْزِمَةٍ، والبَيِّنَاتُ لِلْإِلْزَامِ.

قَالَ: وَإِذَا ادَّعَى المُشْتَرِي ثَمَنًا، وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ، وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنِ المُشْتَرِي؛ وَهَذَا؛

غاية البيان

أنَّ بيِّنةَ المالكِ القَديمِ أوْلى فتمنعُه.

ولَئِنْ سلَّمنا أنَّ بيِّنةَ المُشْتَرِي أوْلى كما هوَ ظاهِرُ الرِّوايةِ فنَقولُ: لا يظهرُ العقدُ الثَّاني بينَ المُشْتَرِي وبينَ المالِكِ القَديمِ إلَّا بانفِساخِ العقْدِ[1] الَّذي جَرى بينَ المُشْتَرِي وبينَ العدُوِّ[2]، فلَمْ يظهرْ إلَّا عقدٌ واحدٌ، فكانَ المُثبتُ للزِّيادةِ أوْلى، وهوَ بيِّنةُ المُشْتَرِي، بخِلافِ ما نحنُ فيهِ؛ فإنَّ العقدينِ جَميعًا قائمانِ في حقِّ الشَّفيعِ، فلَه أنْ يَأخُذَ بأيِّهما شاءَ.

قولُه: (وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ مُلْزِمَةٌ)، هذا دليلٌ ثانٍ، عطفًا على قولِه: (أَنَّهُ لَا تَنَافِي).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا ادَّعَى المُشْتَرِي ثَمَنًا، وَادَّعَى البَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ، وَكَانَ ذَلِكَ حَطًّا عَنِ المُشْتَرِي)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصَره»[3].

ولا فرقَ بينَ أَن تكونَ الدَّارُ في يدِ البائِعِ أوْ في يدِ المُشْتَرِي، ألَا تَرى إلى ما ذكَرَ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصَره» بقولِه: «فإنِ اختلفَ البائعُ والمُشْتَرِي والشَّفيعُ في الثَّمنِ، والدَّارُ في يدِ البائعِ أو في يدِ [٧/١٠٩ظ/م] المُشْتَرِي، ولم ينقُدِ الثَّمنَ؛ فالقولُ في ذلِكَ قولُ البائِعِ معَ يَمينِه إن كانَ الثَّمنُ أكثرَ ممَّا قالا جميعًا أوْ أقلَّ»[4].

---

(١) وقع بالأصل: «إلَّا بالعقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «العدد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٨].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٣/ داماد].

لِأَنَّ الْأَمْرَ إِنْ كَانَ عَلَىٰ مَا قَالَ الْبَائِعُ فَقَدْ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ مَا قَالَ الْمُشْتَرِي فَقَدْ حَطَّ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ، وَهَذَا الْحَطُّ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّ التَّمَلُّكَ عَلَى الْبَائِعِ بِإِيجَابِهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ مَا بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِقَوْلِهِ. وَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ

إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ، وذلِكَ أنَّ البائعَ إذا ادَّعىٰ أنَّه باعَ بِألفينِ، وقالَ المُشْتَرِي والشَّفيعُ: بألفٍ؛ لَم يَجُزِ استحقاقُ مِلكِ البائِعِ إلَّا بقولِه: ويتحالفانِ ويترادَّانِ، وقَد دلَّ علىٰ ذلِكَ قولُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ»[1].

[وأمَّا إذا قالَ البائعُ: بعتُها بألفٍ، وقالَ المُشْتَرِي: بألفينِ؛ فالقولُ ما قالَ البائعُ][2]؛ لأنَّ الأمرَ إنْ كانَ علىٰ ما قالَ وجبتِ الشُّفعةُ به، وإن كانَ علىٰ ما قالَ المُشْتَرِي؛ فقدْ حطَّ البائعُ بعضَ الثَّمنِ، وحطُّه يثبتُ في حقِّ الشَّفيعِ، وأمَّا إذا قبضَ البائعُ الثَّمنَ؛ لم يُلتفتْ إلىٰ قولِه، وكانَ القولُ [٣/١١٥ظ] قولَ المُشْتَرِي معَ يَمينِه؛ لأنَّه استوْفىٰ حكمَ العقدِ، فَصارَ كالأجنبيِّ، فلا يُلتفتُ إلىٰ قولِه[3]. كذا ذَكرَ القُدُورِيُّ في «شرحه».

وتمامُ البيانِ فيهِ ما قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «وإذا اختلفَ البائعُ والمُشْتَرِي والشَّفيعُ في الثَّمنِ قبلَ نقْدِ الثَّمنِ، والدارُ مقبوضةٌ أو غيرُ مقبوضةٍ؛ أخذَها الشَّفيعُ بِما قالَ البائعُ إن شاءَ.

وهذا علىٰ وجهَينِ: إمَّا أن يقعَ الاختلافُ بينَهُم علىٰ وجهٍ يدَّعي البائعُ أكثرَ الثَّمنَينِ، أوِ المُشْتَرِي، أمَّا إذا ادَّعىٰ البائعُ أكثرَ الثَّمنَينِ، بأنْ قالَ: بِعتُها بألفَي

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٣/ داماد].

الْأَكْثَرَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَانِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ ظَهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ مَا يَقُولُهُ الْآخَرُ فَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، وَإِنْ حَلَفَا يَفْسَخُ الْقَاضِي الْبَيْعَ عَلَى مَا عُرِفَ وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الشَّفِيعِ.

غاية البيان

درهمٍ. والمُشْتَرِي يقولُ: اشتريتُها بألفِ درهمٍ. والشَّفيعُ يقولُ: اشتريتُها بخمسِ مئةٍ؛ فإنَّ المُشْتَرِي معَ البائعِ يتحالَفانِ لاختِلافِهما في الثَّمنِ، وأيُّهما نكَلَ؛ ظهرَ أنَّ الثَّمنَ ما يقولُه الآخرُ، فيأخُذها الشَّفيعُ بذلِكَ.

ولوْ تحالَفا يفسخُ القاضي العقدَ بينَهما، ويعودُ إلى ملكِ البائعِ، وأخذَ الشَّفيعُ الدَّارَ مِن يدِ البائعِ بِما يقولُه البائعُ؛ لأنَّ فسخَ البيعِ لا يوجبُ بطلانَ حقِّ الشَّفيعِ.

وهلْ يُحلَّفُ البائعُ؟ ينبَغي ألَّا يحلفَ؛ لأنَّه حلَفَ مرَّةً.

وإن كانَ الاختِلافُ على وجهٍ يدَّعي البائعُ أقلَّ الثَّمنينِ؛ يأخذُ بقولِ البائعِ؛ لأنَّ الثَّمنَ إن كانَ كما قالَ فظاهرٌ، وإن كانَ أكثرَ من ذلِكَ؛ فقَد حطَّ الثَّمنَ عَنِ المُشْتَرِي، والحَطُّ عَن المُشْتَرِي يكونُ حطًّا عنِ الشَّفيعِ.

وهذا إذا كانَ الثَّمنُ غيرَ منقُودٍ، وإنْ كانَ الثَّمنُ منقودًا ظاهرًا، وقدْ أقرَّ باستيفاءِ كلِّ حقِّه؛ لا يَبقى له حقٌّ، فيخرجُ منَ البَينِ.

بَقِيَ الدَّعوى بينَ الشَّفيعِ والمُشْتَرِي، فيأخذُه بِما يقولُه المُشْتَرِي إن شاءَ؛ لأنَّه يدَّعي التَّملُّكَ بخَمسِ مئةٍ، والمُشْتَرِي يُنكِرُ، فيكونُ القولُ قولَه، ألَا تَرى أنَّ المُشْتَرِيَ بِمنزلةِ البائعِ في حقِّه، غيرَ أنَّهما لا يتحالفانِ؛ لأنَّه لا عقدَ بينَهُما.

وإن [٧/١١٠و/م] كانَ نقدُ الثَّمنِ غيرَ ظاهرٍ، ولكنَّه يُعرفُ بإقرارِه أنَّ الثَّمنَ ألفُ درهمٍ، وقدِ استوفيتُه، يأخذُه بِما يقولُه البائعُ؛ لأنَّه أخبرَ عنِ الثَّمنِ في حالٍ له ولايةُ البيانِ، فيُبنى الحكمُ عليْه، وإن قالَ: استوفيتُ الثَّمنَ وهوَ ألفُ درهمٍ،

قَالَ: وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ؛ أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ، وَلَمْ يُلْتَفَت إِلَىٰ قَوْلِ [١٦١/ظ] الْبَائِع؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى الثَّمَنَ انْتَهَىٰ حُكْمُ الْعَقْدِ، وَخَرَجَ هُوَ مِنْ الْبَيْعِ وَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ وَبَقِيَ الِاخْتِلَاف بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ، فَقَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ، وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ؛ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِالْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِالْبَيْعِ تَعَلَّقَتْ الشُّفْعَةُ بِهِ، فَبِقَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ يُرِيدُ إِسْقَاطَ حَقِّ الشَّفِيعِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ.

والمُشْتَرِي يقولُ: الثَّمنُ ألفا درهمٍ، يأخُذُه الشَّفيعُ بِما يقولُه المُشْتَرِي؛ لأنَّه لمَّا أقرَّ باستيفاءِ الثَّمنِ أوّلًا؛ خرجَ منَ البَين، فلم يُقبل بيانُه، وقدْ خرجَ منَ البَين.

ولوْ قالَ البائعُ: بعتُه بألفَي درهمٍ، ولمْ أنتقدِ الألفَ[1] درهمٍ؛ لمْ يأخُذْها الشَّفيعُ، ولا المُشْتَرِي إلَّا بألفَيْ درهمٍ؛ لأنَّ التَّملُّكَ هوَ، فكانَ البيانُ إليْه، وسُمع بيانُه؛ لأنَّه لم يقرَّ باستيفاءِ كلِّ حقِّه».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ؛ أَخَذَ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي إِنْ شَاءَ، وَلَمْ يُلْتَفَت إِلَىٰ قَوْلِ الْبَائِعِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختَصَرِه»[2]، وذلِكَ لأنَّ البائعَ لمَّا قبضَ الثَّمنَ؛ صارَ كالأجنَبيِّ، ولم يُلتفَتْ إلىٰ قولِه كقولِ الأجنَبيِّ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ نَقْدُ الثَّمَنِ غَيْرَ ظَاهِرٍ، فَقَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُ الدَّارَ بِأَلْفٍ، وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ؛ يَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِالْأَلْفِ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ «المختصَر».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه»: قالوا في البائِع: إذا قالَ بعتُ الدَّارَ بألفٍ، وقبضتُ الثَّمنَ. وقالَ المُشْتَرِي: بألفينِ؛ فإنَّ الشَّفيعَ يأخذُها بألفٍ؛ لأنَّ البائعَ لمَّا

(١) وقع بالأصل: «إلا ألف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص١٠٨].

وَلَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَهُوَ أَلْفٌ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَىٰ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ الثَّمَنِ خَرَجَ مِنَ الْبَيْعِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ قَوْلِهِ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ـــــــــــ ﴿ غاية البيان ﴾ ـــــــــــ

بدأ بذِكرِ الثَّمنِ؛ تعلَّقتِ الشُّفعةُ بِه، فإذا قالَ بعدَ ذلِكَ: قبضتُ الثَّمنَ، فيريدُ أن يُسقِطَ الحقَّ الَّذي ثبتَ لِلشَّفيعِ، فلا يُقبلُ [٣/١١٦و] قولُه، ولوْ كانَ قالَ: قبضتُ الثَّمنَ وهو ألفٌ، لم يُلتفتْ إلىٰ قولِه؛ لأنَّه لمَّا ابتدأَ واعترفَ بالقبضِ؛ لَم يبْقَ لَه حقٌّ في العقدِ، فلَم يُقبلْ قَولُه بعدَ ذلِكَ كالأَجنبيِّ.

ورَوَىٰ الحسنُ عَن أبي حَنيفَةَ ﷺ: أنَّ البائعَ إذا أقرَّ بقبْضِ الثَّمنِ والمَبيعُ في يدِه، وزعمَ أنَّه ألفٌ، وقالَ المُشتَرِي: ألفانِ؛ فإنَّ القولَ ما قالَ البائعُ، ويأخذُها الشَّفيعُ من يدِه بألفٍ، ويقالُ لِلمُشتَرِي: اتَّبِع البائعَ فخاصِمْه في الألفِ الأُخرىٰ، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ البائعَ إنَّما يسقطُ قولُه بقَبْضِ الثَّمنِ؛ لكونِه لَم يبْقَ لَه حقٌّ في المَبيعِ، فَصارَ كالأَجنبيِّ، وأمَّا إذا كانَ المبيعُ في يدِه؛ فهُوَ الخصمُ، والشُّفعةُ مأخوذةٌ من مِلْكِه، فلِذلِك رُجعَ إلىٰ قولِه[1].

---

(١) يُنظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق ٢٩٣/ داماد].

فَصْلٌ
فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ

قَالَ: وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنِ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ؛ سَقَطَ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ؛ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ حَطَّ الْبَعْضِ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ

فَصْلٌ
فِيمَا يُؤْخَذُ بِهِ المَشْفُوعُ

أيْ: في العِوَضِ الَّذي يأخذُ بِه الشَّفيعُ المبيعَ الَّذي [لَه][1] فيه الشُّفعةُ، فإنْ حطَّ البائعُ بعضَ الثَّمنِ يأخذُه محطوطًا، وإن زادَ المُشْتَرِي بعدَ البَيعِ في الثَّمنِ؛ لا يأخذُهُ بالزِّيادةِ، بلْ يأخذُهُ بما وقعَ عليْه العقدُ، ثمَّ إن كانَ الثَّمنُ مِثليًّا يأخذهُ بمثلِه، وإن كانَ غيرَ مثليٍّ [٧/١١٠ظ/م]؛ يأخذُه بالقيمةِ، أَي: بقيمةِ ذلِكَ العِوضِ، إلىٰ آخِرِ ما بيَّنَه في هذا الفصلِ، وهذا هوَ الظَّاهرُ مِن كلامِ المصنِّفِ ﷺ، وبعضُهم فسَّرَ ما يؤخذُ بِه المَشفوعُ بالبيعِ، وفيهِ بُعْدٌ.

ثمَّ إنَّ المصنِّفَ لمَّا فرغَ عن بيانِ نفسِ الشُّفعةِ، وسبَبِ ثبوتِها، وشرائطِها منَ الطَّلبِ، ثمَّ عَن بيانِ الاختِلافِ بينَ الشَّفيعِ والمُشْتَرِي في الثَّمنِ: شَرَعَ في بيانِ العِوضِ الَّذي يُعطيهِ الشَّفيعُ؛ لأنَّه مترتِّبٌ علىٰ ما قُلناهُ مِن ثبوتِ الشُّفعةِ وقرارِ الثَّمنِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا حَطَّ البَائِعُ عَنِ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ؛ سَقَطَ ذَلِكَ عَنِ الشَّفِيعِ، وَإِنْ حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ؛ لَمْ يَسْقُطْ عَنِ الشَّفِيعِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختَصَرِه»[2]، وذلِكَ لأنَّ الحطَّ يلتحقُ بأصلِ العَقدِ علىٰ ما مرَّ بيانُه في البيوعِ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

الْعَقْدِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا بَقِيَ ، وَكَذَا إِذَا حَطَّ بَعْدَمَا أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ يُحَطُّ عَنْ الشَّفِيعِ حَتَّىٰ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْقَدْرِ ، بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ بِحَالٍ وَقَدْ بَيَّنَاهُ فِي الْبُيُوعِ بِتَوْفِيقِ اللهِ.

وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ ؛ لَمْ يَلْزَمْ الشَّفِيعَ الزِّيَادَةُ ؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الزِّيَادَةِ

غاية البيان

فيصيرُ كأنَّه هوَ المَوجودُ حالةَ العَقدِ ، فيأخذُ الشَّفيعُ بذلِكَ ؛ لأنَّه يأخذُه بالثَّمنِ ، والثَّمنُ هوَ الباقي.

بخِلافِ ما إذا حطَّ جميعَ الثَّمنِ ، حيثُ لا يلتحقُ بأصلِ العَقدِ ، فَلا يسقطُ عَن الشَّفيعِ شيءٌ ، فلا جَرَمَ يأخذُ بجميعِ الثَّمنِ ؛ لأنَّه لوِ التحَقَ بأصلِ العَقدِ ؛ يخرجُ العَقدُ عَن موضوعِه ؛ لأنَّه يصيرُ هِبَةً ؛ لأنَّه يبْقىٰ تمليكًا بِلا عِوضٍ ، ولا شُفْعةَ في الهِبةِ.

وقالَ في «شرح الأقطع»: «قالَ الشَّافِعيُّ ﷺ[1]: إنْ كانَ الحطُّ في مجلسِ العقدِ ؛ ثبتَ في حقِّ الشَّفيعِ ، وإن كانَ بعدَ المجلسِ وليسَ في البيعِ خيارٌ ؛ أخَذَها بجميعِ الثَّمنِ. وهذا لا يصحُّ ؛ لأنَّ مَن يثبتُ الحطُّ في حقِّه في المجلسِ يثبتُ بعدَه كالمُشْتَرِي»[2].

فإنْ قيلَ: حَطٌّ بعدَ لزومِ العَقدِ ، فَلا يَلْحَقُ بِه كَحَطِّ جميعِ الثَّمنِ.

قيلَ لَه: هُناكَ لَو لحقَ لأخرجَ العَقدَ عَن موْضوعِه ، فلِهذا لمْ يلحقْ ، وحطُّ البعضِ لا يخرجُ العَقدَ عَن موضوعِه ، فلحقَ كحالِ المجلسِ.

قولُه: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْبُيُوعِ) ، أيْ: [في][3] فصْل قُبيل باب الرِّبا.

قولُه: (وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ ؛ لَمْ يَلْزَمِ الشَّفِيعَ الزِّيَادَةُ) ، هذا لفظُ القُدُوريِّ ﷺ

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٥/٩٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٣٣٠].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ».

ضَرَرًا بِالشَّفِيعِ لِاسْتِحْقَاقِهِ الْأَخْذَ بِمَا دُونَهَا. بِخِلَافِ الْحَطِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لَهُ، وَنَظِيرُ الزِّيَادَةِ إِذَا جَدَّدَ الْعَقْدَ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمْ يُلْزَمْ الشَّفِيعُ حَتَّىٰ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا كَذَا هَذَا.

في «مختصره»[1]، وذلِكَ لأنَّ في إلْزامِ الزِّيادةِ الشَّفيعَ إبطالَ حقِّه الثَّابتِ؛ لأنَّ حقَّه في الشُّفعةِ تعلَّقَ بالعَقدِ الأوَّلِ، وفي الزِّيادةِ ضررٌ بِه، فَلا يجوزُ، ومعَ هَذا لوْ أخذَ بالزِّيادةِ جازَ؛ لأنَّ لَه أن يسقطَ حقَّهُ.

قالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ: «وإنْ زادَ البائعُ في الثَّمنِ زيادةً بعدَ العَقدِ أخذَ الشَّفيعُ الدَّارَ [١١٦/٣ظ] بالثَّمنِ الأوَّلِ؛ فَلا يصحُّ تغْييرُهُما في حقِّه، وكذلِكَ لوْ باعَها المُشْتَرِي مِن آخرَ بثمنٍ أكثرَ منْ ذلِكَ؛ كانَ لِلشَّفيعِ أنْ يَأخُذَها بالثَّمنِ الأوَّلِ منَ المُشْتَرِي الآخرِ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِي الآخَرُ عَلىٰ البائعِ الثَّاني بما [١١١/٧و/م] بَقِيَ لَه؛ لأنَّ حقَّ الشَّفيعِ تعلَّقَ بالعَقدِ الأوَّلِ، وتكونُ العُهدةُ علىٰ المُشْتَرِي الأوَّلِ؛ لأنَّه أخذَه بقضيَّةِ العقْدِ الأوَّلِ.

ومَتىٰ انتقضَ العقدُ الثَّاني؛ لَم يُسلَّمْ لِلمُشْتَرِي الدَّار، فرجَع بالثَّمنِ، وقد وصَل إليْه بعضُه من يَدِ الشَّفيعِ، فيَرْجع بالبقيَّةِ علىٰ بائعِه إن كانَ قدْ دفَعَ الثَّمنَ إليْه، ولو أخذَه بالبيْعِ الثَّاني؛ كانَ لَه ذلِكَ، ولا يكونُ تسْليمًا للبيعِ الأوَّلِ، وهوَ يصلحُ سببًا لاستحْقاقِ الشُّفعةِ كالبيعِ الأوَّلِ، ومتَىٰ أخذَه بالشِّراءِ الثَّاني من يَدِ المُشْتَرِي الآخرِ؛ كانتِ العُهدةُ عليْه، ولا يَرْجعُ عَلىٰ بائعِه بشيءٍ؛ لأنَّه وصلَ إليْه تمامُ حقِّه.

وكذلِكَ لوْ وهبَها المُشْتَرِي وسَلَّمَها، أو رَهَنها، أو تزوَّجَ عليْها امرأةً؛ كانَ للشفيعِ أن يُبطِلَ ذلِكَ كلَّه، ويأخذُها بالشُّفعةِ الأُولىٰ؛ لأنَّ هذِه التَّصرُّفاتِ تُبطل

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِعَرْضٍ، أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ

حقَّه في البيعِ الأوَّلِ، فكانَ لَه حقُّ النَّقضِ ليعيدَها على مِلْكِ المُشْتَرِي، ويأخذُ بالحقِّ الَّذي لَه.

وهذا بخِلافِ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا إذا تصرَّفَ شيئًا من هذِه التَّصرُّفاتِ؛ لا يكونُ للبائِعِ حقُّ النَّقضِ، وإن كانَ حقُّ الاستردادِ ثابتًا له؛ لأنَّه فَعَلَ ما فعلَ بتسليطِه، فجازَ ألَّا يكونَ لَه حقُّ النَّقضِ؛ لتعَلُّقِ حقِّ الغَيرِ بِه، بخِلافِ الشَّفيعِ، وليسَ لأحدٍ مِن هؤُلاءِ على الشَّفيعِ شيءٌ منَ الثَّمنِ، إنَّما الثَّمنُ لِلمُشْتَرِي الأوَّلِ؛ لأنَّ التَّملُّكَ وقَعَ عليْه، ولا يأخذُ الدَّارَ حتىٰ ينقدَ الثَّمنَ؛ لأنَّه عندَ تحوُّلِ الصَّفقةِ إليْه نزلَ مَنزلةَ المُشْتَرِي، والمُشْتَرِي منزلةَ البائعِ، فلا يكونُ بسبيلٍ مِن أخْذِه حتَّىٰ يصلَ الثَّمنُ إلىٰ بائعِه».

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِعَرْضٍ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ)، أيْ: قالَ **القُدُورِيُّ** ﷺ في **«مختصَره»**[1].

والعَرْضُ ـ بفتحِ العينِ وسُكونِ الرَّاءِ ـ: ما ليسَ بِنَقْدٍ. كذا في **«ديوان الأدب»**[2].

والمُرادُ مِنهُ: المتاعُ القِيَمِيُّ.

قالَ القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ» ﷺ: «وإذا وجبتِ الشُّفعةُ في البيعِ، أو في الهِبةِ بعدَ التَّقابُضِ، فإنْ كانَ البدلُ ممَّا له مِثْلٌ؛ وجبَتِ الشُّفعةُ بمِثلِه، وإن كانَ ممَّا لا مِثلَ لَه؛ وجبَتْ بقيمتِه.

وقالَ أهلُ المدينةِ: إذا لَم يكُنْ لِلبدلِ مِثْلٌ؛ وجبتْ بقيمةِ الدَّارِ، وذلِكَ لأنَّ

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/١١٥].

وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ؛ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ. وَهَذَا؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ لِلشَّفِيعِ وِلَايَةَ التَّمَلُّكِ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ مَا تَمَلَّكَهُ فَيُرَاعَى بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ كَمَا فِي الْإِتْلَافِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ.

غاية البيان

الشَّفيعَ إنَّما يستحقُّ المَبيعَ علىٰ الوجهِ الَّذي استحقَّه المُشتَرِي، فإذا استحقَّه بمكيلٍ، أوْ مَوْزونٍ، أوْ معدودٍ غيرِ مُتفاوتٍ؛ استحقَّه الشَّفيعُ بمثلِ ذلِكَ؛ لأنَّ المِثلَ أعدلُ مِن القِيمةِ.

وإنْ كانَ البدلُ ممَّا لا مِثلَ لَه؛ فالقيمةُ فيهِ أعدلُ مِن المِثْلِ، فكانَ لِلشَّفيعِ الأخذُ بالقيمةِ، ولأنَّ الشَّفيعَ إنْ أخذَ مِن مِلْكِ المُشْتَرِي؛ فقدِ استحقَّ المَبيعَ عليْه، فصارَ كأنَّه أتلفَ عليْه الثَّمنَ، فإنْ كانَ لَه مِثْلٌ وَجبَ مِثلُه، وإلَّا وجبَتْ [٧/١١١ظ/م] قيمتُه كما يجبُ في الإتْلافِ، فإنِ استحقَّ من يدِ البائِعِ؛ فقدْ أسقطَ حقَّ البائِعِ[1] مِن الثَّمنِ الَّذي لزِمَ المُشْتَرِي، فكأنَّه أتلفَ عليْهِ.

والَّذي قالَه أهلُ المدينةِ فاسدٌ؛ لأنَّ مَنِ اشترىٰ دارًا قيمتُها ألفٌ بِعَرْضٍ قيمتُه ألفانِ، فلَو أوجبْنا الشُّفعةَ بقيمةِ الدَّارِ؛ استَحْقَقْناها علىٰ البائِعِ ببدلٍ لَم يَرْضَ بِه، وهذا لا يصحُّ.

ولا يُقالُ: فالبائعُ لَم يَرْضَ إلَّا بالعَرْضِ ولَم يَرْضَ بالقيمةِ؛ لأنَّ القيمةَ مِن حيثُ المعنىٰ، وهوَ الماليَّةُ، مِثْلٌ فيما لا مِثلَ له، وقدِ استحقَّتِ [٣/١١٧و] الشُّفعةُ»[2].

قولُه: (وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ؛ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ[3] ﷺ أيضًا، وقدْ مرَّ بيانُه.

---

(١) كتب في هامش نسخة «م»: «أي: شفعته. بخطه»، أي: بخط المؤلف.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٧/ داماد].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

وَإِنْ بَاعَ عقارًا بِعَقَارٍ، أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ وَهُوَ ذَوَاتُ القِيَمِ فَيَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ.

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ؛ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا [١٦٢/و] بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَمْضِيَ الأَجَلُ فَيَأْخُذُهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا فِي الحَالِ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ.

غاية البيان

قوله: (وَإِنْ بَاعَ عَقَارًا بِعَقَارٍ، أَخَذَ الشَّفِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقِيمَةِ الآخَرِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[١]، وذلِكَ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ البدلَيْنِ ممَّا لا مِثْلَ له، فيأخُذُه الشَّفيعُ بقيمةِ بَدَلِه.

قوله: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ؛ فَلِلشَّفِيعِ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍّ، وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَمْضِيَ الأَجَلُ فَيَأْخُذُهَا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[٢]، وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ﷺ في الجديدِ، وقالَ في القَديمِ: يأخُذُها بثَمَنٍ مؤجَّلٍ، فإنْ كانَ الشَّفيعُ غيرَ مَلِيءٍ؛ طالبَه بكفيلٍ[٣]. كذا في «شرح الأَقْطَع»[٤]، وهذا إذا كانَ الأجلُ معْلومًا، فأمَّا إذا كانَ مجهولًا، كالحَصادِ والدِّيَاسِ[٥] ونحوِ ذلكَ، وقالَ الشَّفيعُ: أنا أُعجِّلُ الثَّمنَ وآخُذُها؛ لم يكُنْ له ذلِكَ؛ لأنَّ الشِّراءَ بالأجَلِ المجْهولِ فاسدٌ، وحقُّ الشَّفيعِ لا يثبتُ في الشِّراءِ الفاسدِ. كذا في «الذَّخيرة».

وجهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ في القديمِ ـ وهوَ قولُ زُفَرَ ﷺ ـ: إنَّ الأجلَ إحْدَى

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٨].
(٢) ينظر: المصدر السابق [ص١٠٩].
(٣) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٥٣].
(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٣٣٣].
(٥) الدِّيَاسُ: هو استخراج الحَبِّ مِن السنبل، وأصْلُه: مِن الدَّوْس، وهو الوطْء بالرِّجْل. يقال: داسَه برجله يَدُوسه دَوْسًا ودِيَاسًا ودِيَاسَة. وهو دَوْسُ الغلَّة بالدوابّ؛ لتخرُج مِن قشْرِها وتِبْنِها. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ فِي الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مُؤَجَّلاً

غاية البيان

صِفَتي الثَّمنِ، فكانَ لِلشَّفيعِ الأَخْذُ بِها كالحُلولِ، وكما في السُّودِ.

ولَنا: أنَّ الأجلَ لا يثبتُ إلَّا بالشَّرطِ، ولم يُوجَدْ بينَ الشَّفيعِ والمُشْتَرِي شرْطُ أجلٍ، فلَم يَثْبُتْ، ولأنَّ الأجَلَ مدَّةٌ مُلْحقةٌ بالعَقدِ كالخيارِ، ومعْلومٌ أنَّ المُشْتَرِيَ لوْ شَرَطَ الخيارَ لنفسِه، ثمَّ أخذَها الشَّفيعُ؛ لَمْ يَثْبُتْ لهُ خيارٌ؛ لأنَّه لم يشْترطْ لَه، فكذلِكَ هَذا[1].

وإذا لَمْ يَثْبُتِ الأجلُ في حقِّ الشَّفيعِ؛ كانَ بِالخيارِ: إن شاءَ أخَذَها بثمنٍ حَالٍّ، وإنْ شاءَ انتظرَ حتَّىٰ يحلَّ الأجلُ؛ لأنَّ لَه أنْ يقولَ: لا ألتزمُ الثَّمنَ بزيادةِ صفةٍ لَم يقَعْ عليْها البيعُ، وإنِ اختارَ أخْذَها بثمنٍ حالٍّ؛ كانَ الثَّمنُ للبائعِ علىٰ المُشْتَرِي إلىٰ أجلِه، وذلِكَ لأنَّ المِلْكَ انتقَلَ منَ المُشْتَرِي إلىٰ الشَّفيعِ، فكأنَّهُ باعَ الدَّارَ بثمنٍ حالٍّ، والشَّرطُ الَّذي جَرىٰ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي يَبْقَىٰ بينَهُما كما كانَ؛ لأنَّه لا يَبْطُلُ بأَخذِ الشَّفيعِ.

ولا نُسلِّمُ أنَّ [٧/١١٢و/م] الأجلَ صفةُ الثَّمنِ، فلَوْ كانَ صفةً لَه؛ كانَ تابعًا للثَّمنِ، فكانَ حقًّا لمَنْ كانَ الثَّمنُ حقًّا لَه، والثَّمنُ حقُّ البائعِ، والأجلُ حقُّ المُشْتَرِي.

فَعُلِمَ: أنَّ الأجلَ ليسَ بوصْفٍ للثَّمنِ، والأخذُ بالحالِّ لا يُؤَدِّي إلىٰ الإضرارِ بالمُشْتَرِي، والأخذُ بالمؤجَّلِ إضرارٌ بِه؛ لأنَّ مالَه يتأجَّلُ بغيرِ اختيارِه، ففَسدَ القياسُ.

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في شرحِه لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ»: «وقدْ رَوىٰ بِشْرُ بنُ الوليدِ عَن أبي يوسُف ﷺ في هذه المسألةِ: أنَّ الشَّفيعَ يجِبُ أنْ يُطالبَ عندَ عِلْمِه بِالبيعِ،

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٦١]، «بدائع الصنائع» [٥/٢٧]، «الإيضاح» للكرماني [ق/١٦٧]، «العناية شرح الهداية» [٩/٣٩٥]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٨٤].

وَصَفٌ فِي الثَّمَنِ كَالزِّيَافَةِ وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ بِهِ فَيَأْخُذُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي الزُّيُوفِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْأَجَلَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ، وَلَا شَرْطَ فِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ أَوْ الْمُبْتَاعِ، وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي رِضًا بِهِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي الْمَلَاءَةِ، وَلَيْسَ الْأَجَلُ وَصَفَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُشْتَرِي؛ وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لَهُ لَتَبِعَهُ فَيَكُونُ حَقًّا لِلْبَائِعِ كَالثَّمَنِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اِشْتَرَىٰ شَيْئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ لَا يَثْبُتُ الْأَجَلُ إِلَّا بِالذِّكْرِ كَذَا هَذَا، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا بِثَمَنٍ حَالٍ مِنْ

غاية البيان

فإنْ سكتَ عَن الطَّلبِ حتَّىٰ يحلَّ الأجلُ، فذلِكَ تَسليمٌ»[1].

وقالَ ابنُ أَبي مالِكٍ: كانَ أَبو يوسُف ﷺ يقولُ هذا، ثمَّ رجَعَ فقالَ: إذا سَكَتَ ثمَّ طلبَ عندَ محلِّ الأجلِ؛ فإنَّ له الشُّفعةَ.

وجهُ روايةِ بِشْرٍ ﷺ: أنَّ الشُّفعةَ واجبةٌ بالعَقدِ، ولِهذا يمْلكُ أخْذَها بثمنٍ حالٍّ، وإنَّما يتأخَّرُ الأخذُ لأجلِ صفةِ الثَّمنِ، فإذا تركَ الإشْهادَ عندَ وجوبِ الشُّفعةِ؛ بطلَتْ.

ووجهُ روايةِ ابنِ أبي مالكٍ ﷺ: أنَّ الطَّلبَ إنَّما يحتاجُ إليْه للأخذِ، فإذا كانَ ترْكُه للأخْذِ لا يُؤَثِّرُ في شُفْعتِه، فكذلِكَ ترْكُه [٣/١١٧ظ] للطَّلبِ.

قولُه: (وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ بِهِ)، أيْ: بالثَّمنِ.

قولُه: (وَلَيْسَ الرِّضَا بِهِ)، أي: بالأجَلِ.

قولُه: (فِي الْمَلَاءَةِ)، أيْ: في الغِنَىٰ[2]، وهي بفَتحِ الميمِ، مصدَرُ قولِهم: مَلُؤَ الرَّجلُ، والمَلِيُّ: الغنيُّ المُقتدرُ.

قولُه: (ثُمَّ وَلَّاهُ غَيْرَهُ)، أيْ: باعَه بالتَّوْلِيَةِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٨/ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «المعنى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

الْبَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنِ الْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَا مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا لَمْ يَبْطُلْ بِأَخْذِ الشَّفِيعِ فَبَقِيَ مُوجِبُهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍ وَقَدِ اشْتَرَاهُ مُؤَجَّلاً، وَإِنِ اخْتَارَ الِانْتِظَارَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لَهُ أَلَّا يَلْتَزِمَ زِيَادَةَ الضَّرَرِ مِنْ حَيْثُ النَّقْدِيَّةُ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: وَإِنْ شَاءَ صَبَرَ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْأَجَلُ وَمُرَادِهِ الصَّبْرُ عَلَى الْأَخْذِ، أَمَّا الطَّلَبُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ حَتَّى لَوْ سَكَتَ عَنْهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله الآخِرِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْبَيْعِ، وَالْأَخْذُ يَتَرَاخَى عَنِ الطَّلَبِ، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الْأَخْذِ فِي الْحَالِ بِأَنْ يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ حَالاً فَيُشْتَرَطُ الطَّلَبُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ.

وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ؛ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الْخَمْرِ وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ مَقْضِيٌّ بِالصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ يَعُمُّ

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ)، إشارةٌ إلى قوله في أواخرِ بابِ طلَب الشُّفعةِ وهو قولُه: (لِامْتِنَاعِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِالأَخذِ بِالشُّفْعَةِ، وَهُوَ يُوجِبُ الفَسْخَ).

قولُه: (خِلَافًا لِقَوْلِ أَبِي يوسُف رحمه الله الآخِرِ)، قدْ ذكَرْنا قبلَ هذا روايتَي بِشْرٍ وابنِ أبي مالكٍ عَن أبي يوسُف رحمه الله.

قولُه: (وَإِذَا اشْتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ[1]، أَوْ خِنْزِيرٍ، وَشَفِيعُهَا ذِمِّيٌّ؛ أَخَذَهَا بِمِثْلِ الخمرِ وَقِيمَةِ الخِنْزِيرِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[2].

وقالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: لا شُفْعةَ فيها، فإنْ سَلَّمَ المُشْتَرِي للشَّفيعِ الشُّفعةَ، وهُما

(١) وقع بالأصل: «بحمرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع».
(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص١٠٨].

الْمُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ، وَالْخَمْرُ لَهُمْ كَالْخَلِّ لَنَا، وَالْخِنْزِيرُ كَالشَّاةِ، فَيَأْخُذُ الْأَوَّلَ بِالْمِثْلِ وَالثَّانِي بِالْقِيمَةِ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا؛ أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ

ذِمِّيَّانِ؛ لمْ أعتَرِضْ عليْهِما، وإنْ أسْلَما[1][2]. كذا ذكَرَ القُدُوريُّ ﷺ في شَرْحِه لـ«مختَصَر الكَرْخِيِّ» ﷺ.

لَنا: العموماتُ الواردةُ في بابِ الشُّفعةِ، مثلُ قولِه ﷺ: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ»[3] ولأنَّه بيعٌ يُقَرُّ عليْه أهلُ الذِّمَّةِ، فجازَ أنْ يُستحقَّ عليهِ الشُّفعةُ، أصْلُه: البيعُ بسائِرِ المُباحاتِ.

ولا يُقالُ: بَيْعٌ بخمرٍ، فلا يُستحقُّ به الشُّفعةُ، كما لو باعَ بِها المُسلمُ.

لأنَّا نقولُ: المسلمُ ممنوعٌ مِن تَموُّلِ الخمرِ والتَّصرُّفِ فيها، والكافرُ ليسَ بممْنوعٍ مِن ذلِكَ.

قالَ القُدُوريُّ ﷺ: «وهذا فرْعٌ على أصلِنا: أنَّ بَيْعَهُم في الخَمرِ والخِنزيرِ بيعٌ جائزٌ، فيجِبُ الشُّفعةُ فيهِ، كالبيعِ بالخَلِّ [٧/١١٢ظ/م] والشَّاةِ، فإنْ كانَ الشَّفيعُ ذمِّيًّا؛ أخَذَها بمثلِ الخَمرِ؛ لأنَّه يصحُّ ضمانُه له بمِثلِه، فإنْ كانَ خنزيرًا أخَذَه بقيمتِه؛ لأنَّه لا مِثْلَ له، وإن كانَ الشَّفيعُ مُسلمًا؛ أخَذَها بقيمةِ الخَمرِ والخنزيرِ؛ لأنَّ المسلمَ لا يجوزُ أنْ يضمنَ تسليمَ الخمرِ في ذِمَّتِه، ويجوزُ أنْ يلزمَه قيمتُها لحقِّ الذِّمِّيِّ، كما لوِ استهلَكَها[4] عليْه»[5].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا؛ أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ)، أي:

---

(١) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٣٠٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٧٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٨/ داماد].

(٣) سبق تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «استهلكنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٨/ داماد].

أَمَّا الْخِنْزِيرُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الْخَمْرُ لِامْتِنَاعِ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ [١٦٢/ظ] فَالْتَحَقَ بِغَيْرِ الْمِثْلِيِّ، وَإِنْ كَانَ شَفِيعُهَا مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا أَخَذَ الْمُسْلِمُ نِصْفَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الْخَمْرِ وَالذِّمِّيُّ نِصْفَهَا بِنِصْفِ مِثْلِ الْخَمْرِ؛ اِعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ،

غاية البيان

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»[1]. وقد مرَّ بيانُه آنفًا، وإنَّما يأخذُ بقيمةِ الخنزيرِ؛ لأنَّه ليسَ بمِثْليٍّ، ويأخذُ بقيمةِ الخمرِ والخنزيرِ أيضًا، وإن كانَ مِثْليًّا؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ مِن تمليكِ الخمرِ وتمَلُّكِها، فكانَت كغيرِ المِثْليِّ.

وتمامُ البيانِ [فيه][2] ما قالَ في «شرح الكافي»: «وإذا اشْترىٰ الكافرُ مِن كافرٍ دارًا بخمرٍ أوْ خنزيرٍ، وشفيعُها كافرٌ؛ أخذَها بخمرٍ مثلِ ذلكَ الخمرِ، وبقيمةِ الخِنزيرِ؛ لأنَّ البيعَ بالخمرِ والخنزيرِ صَحيحٌ فيما بينَهُم، فيثْبُتُ للشَّفيعِ حقُّ الشُّفعةِ، فإن كانَ كافرًا مثلَهُما؛ أخذَها بمثلِ الخَمرِ؛ لأنَّها مِثْليٌّ، وبقيمةِ الخِنزيرِ؛ لأنَّه ليسَ بمِثليٍّ.

وإن كانَ الشَّفيعُ مسلمًا؛ أخذَها منهُ بقيمةِ الخمرِ أيضًا؛ لأنَّ أخْذَها بمِثلِ الخَمرِ في حقِّه متعذِّرٌ، وإنِ اشْتراها بمَيتةٍ، أو دمٍ؛ فالشِّراءُ باطلٌ؛ لأنَّ الميتةَ والدَّمَ ليسَ بمالٍ في حقِّ أحدٍ، ولا شُفْعةَ لَه فيها؛ لأنَّ الشُّفعةَ لا تَثْبُتُ بِالبيعِ الباطِلِ.

وإذا اشْتراها بخمرٍ، وشفيعُها كافرٌ ومسلمٌ؛ فهُما سواءٌ في الشُّفعةِ؛ لأنَّهُما سواءٌ في عِلَّتِه، ويأخذُ المسلمُ نصفَها بنصفِ قيمةِ الخَمرِ، والكافرُ نصفَها بمثلِ نصفِ الخَمرِ؛ لأنَّ الأخذَ بالمِثلِ مُمكنٌ في حقِّه، فإن أسلمَ قبلَ أنْ يأخُذَها؛ لم تَبطُلْ شُفعتُه؛ لأنَّ الإسلامَ ليس بمُبْطِلٍ للحقوقِ، ولكِن يأخذُ بقيمةِ الخَمرِ، كالمُسلمِ الأصليِّ سواءً.

وإذا أسلمَ أحدُ المتبايعَيْنِ، والخمرُ غيرُ مقبوضةٍ [٣/١١٨و]، والدَّارُ مقبوضةٌ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص١٠٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

فَلَو أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَخذَهَا بِنِصْفِ قِيمَةِ الْخَمْرِ لِعَجْزِهِ عَنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَبِالْإِسْلَامِ يَتَأَكَّدُ حَقُّهُ لَا أَنْ يَبْطُلَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بِكُرٍّ مِنْ رُطَبٍ فَحَضَرَ الشَّفِيعُ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ يَأْخُذُ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ كَذَا هَذَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

أوْ غيرُ مَقبوضةٍ؛ انتقضَ البيعُ؛ لِمَا عُرِفَ في البيوعِ أنَّ للقبضِ حُكْمَ التَّملُّكِ، فصارَ أحدُ العِوضيْنِ بحالٍ لا يُمْكِنُ تَسليمُه، فيَنتقِضُ العقدُ ضَرورةً، ولكِن لا تَبطُلُ الشُّفعةُ؛ لأنَّ انفساخَ البيعِ ممَّا لا تَبْطُل بِه الشُّفعةُ، ثمَّ يأخذُها الشَّفيعُ بقيمةِ الخَمرِ إن كانَ مُسلمًا، أو كانَ المأْخوذُ منهُ مُسلمًا»[1].

وقالَ في «الشامل»: «اشْترىٰ ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ دارًا بخمرٍ بعَينِها، أوْ بغيرِ عَيْنِها، ثمَّ أسلَما؛ بَطَلَ البيعُ دونَ الشُّفعةِ؛ لأنَّه حقٌّ محترمٌ ثبتَ بالبيعِ[2] والطَّلبِ، فلا يَبْطُلُ بعارضٍ بعدَه».

وقالَ أيضًا: «اشترىٰ بيعةً تجبُ الشُّفعةُ فيها؛ لأنَّه لمْ يَصِر وقْفًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما أيضًا؛ لأنَّه ليسَ بمُباحٍ».

وقالَ أيضًا: «ذِمِّيٌّ باعَ مِن ذِمِّيٍّ دارًا بمَيتةٍ لا شُفْعةَ لَه فيها؛ لأنَّها ليسَتْ بمالٍ [١١٣/٧و/م]، حتَّىٰ إنَّهُم لوْ كانوا يتموَّلونَ بها؛ تَثْبُتُ الشُّفعةُ».

وقالَ أيضًا: «باعَ المرتدُّ دارًا، ثمَّ قُتِلَ؛ لا شُفْعةَ فيها عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهُما؛ لأنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: تصرُّفُ المرتدِّ موقوفٌ، فإذا اتَّصلَ بِه الموْتُ[3]؛ يُحْكمُ بأنَّه لمْ يكُنْ صحيحًا.

وعندَ أَبِي يوسُفَ ﷺ: هوَ بِمنزلةِ مَريضٍ.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «بالموت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

....

غاية البيان

وعندَ مُحمَّدٍ رحمه الله: بمنزلةِ مَن عليْه القِصاصُ تصرُّفُه صحيحٌ، فكذلِكَ هَذا، فلَوْ أسلَمْ قبلَ اللَّحاقِ؛ جازَ بَيْعُه، وللشَّفيعِ الشُّفعةُ بالإجْماعِ لِما عُرِفَ».

وقالَ أيضًا: «اشْترىٰ المسلمُ دارًا، والمُرتدُّ شفيعُها، فقُتِلَ؛ لا شُفْعةَ له، ولا لِورثتِه؛ لأنَّه بِالقتلِ تبيَّنَ أنَّه في حُكْمِ مَن زالَ مِلْكُه في وَقْتِ البيعِ، ولا لورثتِه؛ لأنَّ المِلْكَ ليسَ بثابتٍ لهُم حقيقةً».

وقالَ أيضًا: «اشْترىٰ المرتدُّ، ثمَّ قُتِلَ؛ لَم تَبطُلْ شفعةُ الشَّفيعِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ متعلِّقةٌ بِالخروجِ مِن مِلْكِ البائِعِ، وقَد خرَجَ».

وقالَ أيضًا: «المُستأمنُ في دارِنا بمنزلةِ الذِّمِّيِّ في حقِّ الشُّفعةِ».

وقالَ أَيضًا: «المسلمُ اشْترىٰ في دارِ الحرْبِ دارًا، وشفِيعُها مسلمٌ؛ لا شُفعةَ فيها، وإنْ أسلمَ أهلُها؛ لأنَّ أحكامَنا غيرُ جاريةٍ فيها، فلا شُفْعةَ حالَ البيعِ». كَذا في «**الشامل**».

فَصْلٌ

قَالَ: وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ.

غاية البيان

فَصْلٌ

مسائلُه مبنيَّةٌ على تغيُّر المَشفوعِ زيادةً أوْ نقصانًا بنفسِه، أوْ بفِعْلِ الغَيرِ، والمتغيِّرُ فرْعٌ على غَيرِ المتغيِّرِ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ التَّغيُّرِ، والفرعُ بعدَ الأصلِ، فَناسَبَ أن يُذكَرَ هذا الفصلُ بعدَ الفُصولِ السّابقةِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ قُضِيَ لِلشَّفِيعِ بِالشُّفْعَةِ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»(١).

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «وإذا اشترى الرَّجلُ دارًا ـ وهيَ ساحةٌ ـ فبَناها، ثمَّ جاءَ شفِيعُها فطلَبها بالشُّفعةِ؛ فحُكِمَ له بِها؛ فإنَّ المُشْتَرِي يقالُ لَه: اقلَع بناءَك، وسلِّم السَّاحةَ إلى الشَّفيعِ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ ومُحَمَّدٍ رحمهم الله، وهيَ روايةُ مُحَمَّدٍ عَن أبي يوسُف، وهي روايةُ ابنِ سَمَاعَةَ، وبِشْرِ بنِ الوليدِ، وعليِّ بنِ الجَعْدِ، والحسَنِ بنِ أبي مالكٍ عَن أبي يوسُف رحمهم الله»(٢).

ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عَن أبي يوسُف: أنَّ المُشْتَرِيَ لا يُؤْخَذُ بقَلْعِ البِناءِ، ويُقالُ للشَّفيعِ: خُذِ الدَّارَ بالثَّمنِ، وبِقيمةِ البِناءِ، أو اترُكْ، وهُو قولُ الحسَنِ بنِ زيادٍ رحمه الله.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٩].

(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [٢٤٧/٤]، «المبسوط» [١١٤/١٤، ١١٥]، «التجريد» للقدوري [٣٤٧٠/٧]، «تحفة الفقهاء» [٦٠/٣]، «الفقه النافع» [١١٠٤/٣]، «فتاوى قاضي خان» [٥٤١/٣]، «تبيين الحقائق» [٢٥٠/٥، ٢٥١]، «الجوهرة النيرة» [٣٦٥/١]، «الفتاوى الهندية» [٢٢٣/٥].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُكَلِّفُهُ الْقَلْعُ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَهُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ لَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيُعْطِي

غاية البيان

ورَوَىٰ الحسنُ بن أبي مالكٍ: أنَّ ما رواهُ [٣/١١٨ظ] الحسَنُ بنُ زيادٍ قد كانَ قولًا [٧/١١٣ظ/م] لأبي يوسُفَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختَصَره».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شَرْحه»: «والخلافُ في الغَرْسِ كالخلافِ في البناءِ».

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «شرح مختصر الطَّحَاوِيِّ»: «ومَنِ اشْترىٰ دارًا وقبَضَها وبنىٰ فيها بناءً، أوْ غرَسَ في الأرضِ أشجارًا، ثمَّ حضَرَ شفِيعُها، فإنَّ القاضيَ يَقْضِي له بالشُّفعةِ، ويأمرُ المُشْتَرِي بنَقْضِ البناءِ، وقَلْعِ الأشجارِ الَّتي أحدثَ فيها، إلَّا إذا كانَ في قَلْعِ الأشْجارِ نُقصانٌ بالأرضِ، وأرادَ الشَّفيعُ أنْ يأخذَها معَ البِناءِ والغِراسِ بقيمتِها مقلوعةً غيرَ ثابتةٍ؛ فلهُ ذلكَ، كذا ذكَرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عَن أَبي يوسُف ﷺ أنَّه قالَ: لا يُجْبَرُ المُشْتَرِي علىٰ قَلْعِ البناءِ والأغْراسِ، ولكنَّ الشَّفيعَ بِالخيارِ: إنْ شاءَ أخَذَها معَ البِناءِ، والأغْراسُ بقيمتِها قائمةٌ علىٰ الأرْضِ غيرُ مقلوعةٍ، وإنْ شاءَ تركَ، وبه أخَذَ الشَّافِعِيُّ ﷺ[2].

ولوْ أنَّ المُشْتَرِي زرَعَ في الأرضِ ثمَّ حضرَ الشَّفيعُ، فإنَّ المُشْتَرِيَ لا يُجْبَرُ علىٰ قَلْعِه بالإجْماعِ، ولكنَّه يُنظَرُ إلىٰ وَقْتِ الإدْراكِ، ثمَّ يُقْضَىٰ للشَّفيعِ، ولوْ جعلَها المُشْتَرِي مسجدًا أوْ مقبرةً يُدْفَنُ فيها الموْتىٰ، أوْ رِباطًا، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ؛ كانَ له أخذُها، وإبطالُ كلِّ ما صنعَ المُشْتَرِي فيها»[3]. إلىٰ هُنا لفظُ «شرْح مختصرِ الطَّحَاوِيِّ».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٤/ داماد].

(٢) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٦٦].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيْ [ق/٢٧٩].

قِيمَةَ الْبِنَاءِ. لِأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ بَنَاهُ عَلَىٰ أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ، وَالتَّكْلِيفُ بِالْقَلْعِ مِنْ أَحْكَامِ الْعُدْوَانِ فَصَارَ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ ....

غاية البيان

وجهُ قولِ أبي يوسُف ﷺ: أنَّ بناءَ المُشْتَرِي وقعَ فيما يملكُه، فكانَ مُحقًّا في البناءِ، فلا يُؤمرُ بقَلْعِه، كمَنْ بنَىٰ فيما لا شُفْعةَ فِيه؛ لأنَّ الأمرَ بالقَلعِ نتيجة العُدوانِ، وهوَ ليسَ بمتعَدٍّ في البناءِ، وكالموْهوبِ لَه إذا بنَىٰ، تحقيقُه: أنَّ في إيجابِ الأخذِ بِالقيمةِ دَفْعَ أعلىٰ الضَّررَيْنِ بتحمُّلِ الأدْنىٰ، فيُصارُ إليْه.

بيانُه: أنَّ فيما قاله أبو حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٌ ﷺ ـ وهو أخْذُ الدَّارِ بِالثَّمنِ الأوَّلِ دونَ قيمةِ البناءِ والغَرْسِ ـ ضررًا بِالمُشْتَرِي؛ لأنَّه يزولُ حقُّه عنهُ بِلا عِوَضٍ يقابلُه، وفيما قالَ أبو يوسفَ ﷺ ـ وهوَ أخْذُ الدَّارِ بثمنِها معَ قيمةِ البناءِ والغَرْسِ ـ ضررًا بالشَّفيعِ؛ لأنَّه يلزمُه زيادةٌ علىٰ الثَّمنِ الأوَّلِ، وهذا الضَّررُ أدْنىٰ مِنَ الضَّررِ الأوَّلِ؛ لأنَّه يدخلُ في مِلْكِ الشَّفيعِ عِوضٌ، وهوَ البناءُ والغَرْسُ بمقابلةِ ضررِ زيادةِ قيمتِهما، فكانَ أهْوَنَ الضَّررَيْنِ، فوَجَبَ المصيرُ إليْه.

ووجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أنَّ المُشْتَرِيَ بَنىٰ في محلٍّ تعلَّقَ بِه حقُّ الغيرِ متوكِّدًا مِن غيرِ تَسليطٍ مِن جهتِه، فينقضُ بناؤُه، كالرَّاهنِ[1] إذا بنَىٰ في المرْهونِ، ولأنَّ الشَّفيعَ يَستحقُّ بسببٍ سابقٍ، فصارَ كمُسْتحقِّ المِلْكِ، فكانَ لَه أنْ يأخُذ [٧/١١٤و/م] بقَلْعِ البِناءِ، ولأنَّه تصرُّفٌ مِن المُشْتَرِي يؤدِّي إلىٰ زيادةِ البَدَلِ في حقِّ الشَّفيعِ، فكانَ لِلشَّفيعِ إِبطالُه، كما لوْ باعَ بِأكثرَ مِن الثَّمنِ الأوَّلِ.

ولا يُقالُ: لوْ جوَّزْنا قلْعَ البناءِ؛ يلزمُ الإضرارُ بِالمُشْتَرِي؛ لأنَّه لا يقْدرُ علىٰ البناءِ والغَرسِ مخافةَ الشُّفعةِ، وإنَّما وجبَتِ الشُّفعةُ لإزالةِ الضَّررِ عَن الشَّفيعِ، فَلا تُوجِبُ علىٰ وجهٍ يُؤدِّي إلىٰ الإضرارِ بِالمُشْتَرِي.

---

(١) وقع بالأصل: «كالمرتهن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، وَكَمَا إِذَا زَرَعَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ لَا يُكَلَّفُ الْقَلْعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ فِي إِيجَابِ الْأَخْذِ بِالْقِيمَةِ دَفْعَ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِتَحَمُّلِ الْأَدْنَى فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ بَنَى فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُتَأَكِّدٌ لِلْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ فَيُنْقَضُ كَالرَّاهِنِ إِذَا بَنَى فِي الْمَرْهُونِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ وَهَذَا يُنْقَضُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَغَيْرُهُ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ وَبِخِلَافِ الشِّرَاءِ الْفَاسِدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ،

غاية البيان

لأنَّا نقولُ: الإضرارُ بِالمُشْتَرِي لمْ يلزمْهُ إلَّا مِن قِبَلِ نفسِه، لا مِن قِبَلِ غيرِه، فَلا يُلْتَفَتُ إليْه؛ لأنَّه بنى في محلٍّ تعلَّقَ به حقُّ الغيرِ.

قولُه: (وَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا)، هذا احتجاجٌ مِن أبي يوسُف على أبي حَنِيفَةَ ﷺ [٣/١١٨ظ] بمذهبِ أبي حَنِيفَةَ.

يعْني: أنَّ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا إذا بنى أو غَرَسَ في المَبِيعِ انقطعَ حقُّ البائعِ، ويأخذُ من المُشْتَرِي قيمةَ الأرضِ وقْتَ القبضِ عَلى قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، وليسَ لَه أنْ يقلعَ الأشجارَ والبناءَ، وفي قولِ أبي يوسُف ومُحَمَّدٍ ﷺ: يستردُّ المَبِيعَ، ويقلعُ البناءَ والأشجارَ[1]. كَذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

فكذا المُشْتَرِي إذا بَنى في المَشْفُوعِ؛ ليسَ للشَّفيعِ أنْ يقلعَ ذلكَ على قياسِ قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّه مُحِقٌّ في البناءِ.

قولُه: (بِخِلَافِ الهِبَةِ)، جوابٌ عَن قياسِ أبي يوسُف ﷺ على المَوْهُوبِ لَه إذا بنى في المَوْهُوبِ، حيثُ لا يكونُ لِلواهبِ حقُّ قلعِ البناءِ، يتَّصِلُ بقولِه: (مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الحقُّ)، يعْني: أنَّ الواهبَ إنَّما لا ينقضُ بناءَ المَوْهُوبِ لَه؛ لأنَّه حَصَلَ بتسليطٍ منهُ، فينقطعُ حقُّ الرُّجوعِ بِالبناءِ، والشَّفيعُ لم يُسَلِّطِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٢٧٩].

لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَلِأَنَّ حَقَّ الِاسْتِرْدَادِ فِيهِمَا ضَعِيفٌ وَلِهَذَا لَا يَبْقَىٰ بَعْدَ البِنَاءِ، وَهَذَا الحَقُّ يَبْقَىٰ فَلَا مَعْنَىٰ لِإِيْجَابِ القِيْمَةِ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

غاية البيان

المُشْتَرِي على البناءِ فيَنْقُضُه، فظهرَ الفرقُ، وكذا المُشْتَرِي شراءً فاسدًا لا يَنْقضُ البائعُ بناءَه؛ لوجودِ التَّسليطِ مِنهُ.

قولُه: (فِيهِمَا)، أيْ: في الهِبةِ والشِّراءِ الفاسِدِ.

قولُه: (وَلِهَذَا لَا يَبْقَىٰ بَعْدَ البِنَاءِ)، هذا إيضاحٌ لضَعْفِ حقِّ الاستردادِ في الهِبةِ والشِّراءِ الفاسدِ، ولكن فيهِ نظَرٌ؛ لأنَّ الاستردادَ بعدَ البناءِ في الشِّراءِ الفاسدِ، إنَّما لا يَبْقَىٰ على مذْهبِ أبي حَنِيفَةَ ﵁، لا علىٰ مذهَبِ أَبي يوسُف ﵀، وقد مرَّ النَّقلُ عَن «شرح الطَّحَاوِيِّ» آنفًا، فكيفَ يحتجُّ بمذهبِ أَبي حَنِيفَةَ ﵁ علىٰ صحَّةِ مذْهبِه؟

ولأبي يوسُف أنْ يقولَ: هذا مذهبُك، لا مذْهبي، وعِندي: حقُّ الاسْتردادِ بعدَ البناءِ باقٍ في الشِّراءِ الفاسدِ.

قولُه: (وَهَذَا الحَقُّ)، أيْ: حقُّ الشَّفيعِ يَبْقَىٰ بعدَ بناءِ المُشْتَرِي، فلا معْنىٰ إذَنْ لإيجابِ قيمةِ البناءِ والغَرْسِ علىٰ الشَّفيعِ كما قالَ أَبو يوسُف ﵀.

قولُه: (كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ)، يعْني: أنَّ الشَّفيعَ إذا بنىٰ أو غرَسَ في الأرضِ، ثمَّ استُحِقَّتْ؛ يرجعُ بالثَّمنِ لا غيرُ، ولا يَرْجعُ بقيمةِ [٧/١١٤ظ/م] البناءِ والغَرْسِ، كما في المسألةِ الَّتي تَليها.

وليسَ معْناهُ: أنَّ المُشْتَرِيَ إذا بنىٰ أو غرَسَ في الأرضِ، ثمَّ استُحِقَّتْ؛ لا يَرْجعُ بقيمةِ البناءِ والغَرْسِ؛ لأنَّه يَرْجعُ بِقيمتِهما، ألَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ في كفالةِ «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ أنَّ المُشْتَرِيَ بنىٰ في الدَّارِ بناءً، ثمَّ استحقَّها رجلٌ

وَالزَّرْعُ يُقْلَعُ قِيَاسًا. وَإِنَّمَا لَا يُقْلَعُ؛ اِسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً وَيَبْقَى بِالْأَجْرِ وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِالقِيمَةِ؛ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا كَمَا بَيَّنَاهُ فِي الغَصْبِ.

وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ؛ رَجَعَ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَهُ [١٦٣/و] بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، لَا عَلَى البَائِعِ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ، وَلَا عَلَى المُشْتَرِي إِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀ أَنَّهُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَلِّكٌ عَلَيْهِ فَنَزَلَا مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي، وَالفَرْقُ عَلَى مَا هُوَ المَشْهُورُ

غاية البيان

بالبيِّنةِ ونقضَ عليه بناءَه؛ فَلِلمُشْتَرِي أنْ يَرْجعَ على البائعِ بِالثَّمنِ، وبقيمةِ بنائِه مَبْنيًّا إذا سلَّم النُّقْضَ[1] إلى البائعِ، وإن حبسَ النُّقضَ ولم يسلِّمْ إلى البائعِ؛ لا يَرْجِعُ عليه إلَّا بالثَّمنِ خاصَّةً»[2].

قولُه: (وَإِنْ أَخَذَهُ[3] بِالقِيمَةِ؛ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ مَقْلُوعًا)، يعني: أنَّ الشَّفيعَ بِالخيارِ بينَ أنْ يأمرَ المُشْتَرِيَ بقلْعِ البناءِ والغَرْسِ، وبينَ أنْ يأخُذَ المشفوعَ بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ، ويُعتبرُ في القيمةِ قيمتُهما مقلوعَيْنِ.

وعندَ أَبِي يوسُف ﵀: قيمتُهما قائمَيْنِ على الأرضِ، وقدْ مرَّ ذلك.

قولُه: (كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الغَصْبِ)، يعني: أنَّ الغاصبَ إذا بنى أو غرَسَ في مغصوبةٍ؛ يُؤمَرُ بقَلْعِ البناءِ والغَرْسِ، فإن كانتِ الأرضُ تُنْقَصُ بقَلْعِ البناءِ والغَرْسِ؛ لِلمالكِ أنْ يضمنَ قيمتَهما مقلوعَيْنِ للغاصبِ.

قولُه: (وَلَوْ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ فَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ؛ رَجَعَ بِالثَّمَنِ)،

---

(١) النُّقض: البناءُ المنقوضُ والجمعُ: نُقُوض. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/ ٣٢٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٥٧].

(٣) وقع بالأصل: «أخذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع».

أَنَّ الْمُشْتَرِيَ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ وَمُسَلَّطٌ عَلَيْهِ، وَلَا غُرُورَ وَلَا تَسْلِيطَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ مِنَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ.

غاية البيان

هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يَرْجِعُ بقيمةِ البناءِ والغَرْسِ»[1].

قالَ [٣/١١٨ظ] الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «وإذا اشترىٰ الرَّجلُ دارًا، فأخذَها الشَّفيعُ بالشُّفعةِ فَبناها، ثمَّ استحقَّتِ الدَّارُ؛ فإنَّ المستحقَّ يأخذُ الدَّارَ، ويُقالُ للشَّفيعِ: اهْدِمْ بناءَك، ولا يَرْجِعُ عَلىٰ المُشْتَرِي بقيمةِ البِناءِ إنْ كانَ أَخَذَ الدَّارَ مِن يدِه، ولا عَلىٰ البائِعِ إنْ كانَ أَخَذَ الدَّارَ مِن يدِه؛ لأنَّه ليسَ بِمغرورٍ، هوَ أدخلَ نفسَه في الأخذِ بالشُّفعة، وأجْبَرَ مَن كانتْ في يدِه علىٰ تسليمِ ذلِك إليه، وهذه الرِّوايةُ المشهورةُ، وهيَ روايةُ مُحَمَّدٍ في «الأصول»، ولم يحْكِ عَن أحدٍ مِن أصْحابِنا خلافًا.

ورَوَىٰ بِشْرُ بنُ الوليدِ عَن أبي يوسُف رحمه الله قالَ: سمعْتُ أَبا يوسُف سُئِلَ عَن رَجُلٍ اشْترىٰ دارًا، وأخَذَها رجلٌ بِالشُّفعةِ، فاستُحِقَّتِ الدَّارُ مِن يدِه، وقَد بَنىٰ فيها، علىٰ مَن يَرْجِعُ بِقيمةِ البِناءِ؟

قالَ: عَلىٰ الَّذي قَبَضَ الثَّمنَ.

وكذلِكَ رَوَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عَن أَبي يوسُف رحمه الله: أَنَّ الشَّفيعَ يَرْجِعُ عَلىٰ المُشْتَرِي بقيمةِ البِناءِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

وجهُ قولِ أَبي يوسُف: أَنَّ الشَّفيعَ مُتمَلِّكٌ عَلىٰ المُشْتَرِي، فَصارَ المُشْتَرِي كالبائِعِ، والشَّفيعُ كالمُشْتَرِي، ثمَّ المُشْتَرِي يَرْجِعُ عَلىٰ البائعِ في صورةِ الاستِحْقاقِ بالثَّمنِ، وبِقيمةِ البِناءِ، فكذا الشَّفيعُ ينبَغي أنْ يَرْجِعَ عَلىٰ المُشْتَرِي بقيمةِ البِناءِ أيضًا،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٩].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩١/ داماد].

قَالَ: وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ، أَوِ احْتَرق بِنَاؤُها، أَوْ جفَّ شجرُ الْبُسْتان بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ؛ فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاء أَخَذَها بِجَمِيعِ الثَّمن؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ تَابِعٌ حَتَّىٰ دَخَلَا فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَلَا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ

غاية البيان

وجهُ المشهورِ: أنَّ الرُّجوعَ بقيمةِ البِناءِ إنَّما يَثْبُتُ لِلغُرورِ الَّذي حَصلَ مِن البائِع حينَ أوجبَ [١١٥/٧و/م] المِلْكَ للمُشْتَرِي علىٰ وجهٍ يَتصرَّفُ فيهِ كيفَ شاءَ، ولم يُوجدْ، والمُشْتَرِي لَم يَغُرَّ الشَّفيعَ بإيجابِ المِلْكِ، وإنَّما أخَذَ الشَّفيعُ الدَّارَ مِن يدِه بغيرِ اخْتيارِه، فلم يكُن مَغرورًا، وإنَّما هوَ الَّذي غَرَّ نفسَه، فلا يَرْجِعُ علىٰ غيرِه، وليسَ هذا كالثَّمنِ، لأنَّ الثَّمنَ إنَّما يَرْجِعُ بِه المُشْتَرِي؛ لأنَّه عِوضٌ عَن المَبيعِ، فإذا لمْ يسلَّمِ المَبيعُ؛ لَم يُسلِّمِ الثَّمنُ إلىٰ البائِعِ، وهذا المعْنىٰ موجودٌ في الشَّفيعِ.

وعَلىٰ هذا قالوا في الجاريةِ المأْسورةِ إذا اشْتراها رجلٌ مِن أهلِ الحَربِ بِالثمنِ، فأخَذَها موْلاها الأوَّلُ من يدِه بالثَّمنِ فاستولَدها، ثمَّ استُحِقَّت: رجَعَ علىٰ المُشْتَرِي مِن أهلِ الحَربِ بالثَّمنِ، ولم يَرْجعْ عليْه بقيمةِ الأوْلادِ؛ لأنَّ الرُّجوعَ بقيمتِهم إنَّما يثْبتُ لأجْلِ الغُرورِ، ولم يُوجدْ[١]. كذا قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرْحه».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ، أَوِ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا، أَوْ جَفَّ شَجَرُ الْبُسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ؛ فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «وإن شاءَ تركَ»[٢].

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «قالَ بِشْرُ بنُ الوليدِ وعليُّ بن الجَعْدِ: سَمِعْنا أبا يوسُفَ ﷺ قالَ في رَجُلٍ اشترىٰ دارًا فهدمَ بناءَها فباعَه، ثمَّ جاءَ شفيعُها؛ فإنَّه يُقْسَمُ الثَّمنُ علىٰ قيمةِ البناءِ مَبنيًّا، وعلىٰ قيمةِ الأرضِ، فَما أصابَ الأرضَ؛ يأخذُها الشَّفيعُ بذلِكَ. وهكذا قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٣٣٢].
(٢) ينظر: المصدر السابق.

يَصِيرَا[١] مَقْصُودًا وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهَا مُرَابَحَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَرَّقَ نِصْفُ الْأَرْضِ حَيْثُ يَأْخُذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْفَائِتَ بَعْضُ الْأَصْلِ.

غاية البيان

وكذلِكَ لوْ نزعَ بابًا مِن الدَّارِ فباعَه، ولو احترقَ البِناءُ حتَّى ذهبَ أوْ غرقَ مِن غيرِ فِعْلِه حتَّى ذهبَ، فلَم يَبْقَ منهُ شيءٌ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ قالَ في ذلِكَ: يأخذُ الشَّفيعُ بجميعِ الثَّمنِ أوْ يَتْرُكُ، فإنِ انهدمَ البِناءُ، فكانَ علَى الأرضِ مَهدومًا، فإنَّ الثَّمنَ يُقْسَمُ عَلىٰ قيمةِ البِناءِ مهدومًا، وعلىٰ قيمةِ الأرضِ، فيأخذُ الشَّفيعُ الأرضَ بِما أصابَها، ولا سبيلَ له علىٰ [٣/١٢٠و] البِناءِ إذا زَايلَ[٢] الأرضَ»[٣]. إلىٰ هنا لفظ الكَرْخِيِّ ﷺ في «مختصره».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه»: أمَّا وجوبُ الشُّفعةِ في البناءِ المتَّصلِ، فلأنَّه في حُكْمِ الجزءِ من العَرْصَةِ[٤]، بدلالةِ دُخولِه في العَقدِ مِن غيرِ تَسميةٍ، وأمَّا إذا هدمَ فلا شُفْعَةَ فيهِ عندَنا.

ومِن أصحابِ الشَّافِعِيِّ ﷺ مَن قالَ: [إنَّ][٥] الشَّفيعَ يأخذُه معَ الدَّارِ، وهذا فاسدٌ؛ لأنَّه منفصلٌ عمَّا تعلَّقتْ بِه الشُّفعةُ، فلمْ يكُنْ لِلشَّفيعِ أخْذُه كالثَّمنِ، وأمَّا إذا هدَمه المُشْتَرِي، أو هدَمهُ أجنبيٌّ، أوِ انهدمَ بنفسِه ولمْ يهلكْ؛ فإنَّ الشَّفيعَ يأخُذُ الأرضَ بحِصَّتِها، فإنِ احترقَ بغيرِ فِعْلِ أحدٍ؛ أخَذَها الشَّفيعُ بكلِّ الثَّمنِ.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: يصر».

(٢) المُزايلةُ: المُفارَقة، ومنه يقال: زايَلَه مُزَايلةً وزِيالًا إذا فارَقه. ينظر: «لسان العرب» [١١/٣١٧/ زيل].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

(٤) العَرْصَةُ: كلُّ بُقعةٍ بين الدُّورِ واسعةٍ ليس فيها بناءٌ، والجمْع: العِرَاص والعَرَصَات. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ؛ لِأَن لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِمَالِهِ.

ولِلشَّافِعِيِّ رحمه الله قولانِ:

أحدُهُما: يأخذُها بجميعِ الثَّمنِ [في الجميعِ](١).

[٧/١١٥ظ/م] والآخَرُ: إنَّه يأخذُها بالحصَّةِ في الجَميعِ(٢).

أمَّا إذا احترقَ البناءُ: فلأنَّ حقَّ الشَّفيعِ معَ المُشْتَرِي كَحَقِّ المُشْتَرِي معَ البائعِ، ومعْلومٌ أنَّ البناءَ إذا احترقَ في يدِ البائعِ؛ كانَ المُشْتَرِي بالخيارِ، إن شاءَ أخَذَ بجميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ تَركَ، فكذلكَ هذا، ولأنَّه نقْصٌ دخلَ في المَبيعِ بِغيرِ فِعْلِ آدميٍّ، فصارَ كما لوْ وَهىٰ البناءُ أوْ تشقَّقَ الحائطُ.

وأمَّا إذا هدمهُ المُشْتَرِي؛ فالأتباعُ لا حصَّةَ لها بالعَقدِ، ولها حصَّةٌ بالقبضِ، ولهذا لوْ هدَمَ البائعُ البناءَ؛ سقطَتْ حصَّتُه عن المُشْتَرِي، فكذلكَ إذا هدمَه أجنبيٌّ؛ لأنَّ العِوَضَ يسلَّمُ للمُشْتَرِي فكأنَّه باعَه، وكذلكَ إذا انهدمَ بنفسِه ولمْ يهلِك؛ لأنَّ الشُّفعةَ سَقَطَتْ عنه، وهوَ عينٌ قائمةٌ، فلا يجوزُ أَن يسلَّمَ للمُشْتَرِي بغيرِ شيءٍ، إلَّا إنَّه قالَ في المُشْتَرِي إذا هَدمَه أو هَدمَه الأجنبيُّ: إنَّ الثَّمنَ يُقْسَمُ علىٰ قيمتِه قائمًا؛ لأنَّه يدخُلُ في ضَمانِ المُشْتَرِي بالإتلافِ، وهوَ علىٰ هذِه الصِّفةِ، فأمَّا إذا انهدَمَ بنفسِه، فلَمْ يدخُلْ في ضَمانِ أحدِهما، فاعْتُبِرَتْ قيمتُه علىٰ حالِه مهدومًا.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرحه»: «وقدِ ادَّعىٰ الشَّافِعِيُّ علىٰ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله في هذه المسألةِ مُناقضةً فقالَ: وقالَ بعضُ النَّاسِ: إذا هدمَ المُشْتَرِي البناءَ؛ سَقَطَتْ حصَّتُه، فإنِ احترقَ؛ لم تسْقُطْ حصَّتُه، ثمَّ ناقَضَ فقالَ: إذا غلبَ الماءُ بعضَ الأرضِ؛ أخذَ مِن المُشْتَرِي الباقيَ بِحصَّتِه».

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».
(٢) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٦٥].

قَالَ: وَإِذَا نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ، قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْتَ فَخُذِ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتِلَافِ فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ،

غاية البيان

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ: «وهذا غلَطٌ؛ لأنَّ الأرضَ ليسَ بعْضَها بتَبعٍ لبعضٍ، فإذا لمْ تُسلَّمْ لِلشَّفيعِ؛ سَقطَتْ [حصَّتُها بكلِّ حالٍ، والبناءُ تبعٌ للأرضِ، فإذا سلَّمَ لِلمُشْتَرِي؛ سَقَطَتْ][١] حصَّتُه، وإن لمْ يسلِّمْ له لم تسْقُطْ»[٢].

ثمَّ اعْلَمْ: أنَّ خيارَ الشَّفيعِ في صورةِ انهِدامِ الدَّارِ بنفسِها بينَ أَخْذِه بِجميعِ الثَّمنِ وبينَ تَرْكِه، فيما إِذا انهدمَتْ وهلَكَ البناءُ، أمَّا إِذا لمْ يهلكِ البناءُ؛ يأخذ الشَّفيعُ الأرضَ بحصَّتِها، وقدْ بيَّنَّاه آنِفًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ، قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْتَ فَخُذِ الْعَرْصَةَ بِحِصَّتِهَا، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «وليسَ لَه أنْ يأخذَ النُّقْضَ»[٣].

قالَ في «شرْح الأقْطع»: «قالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ في أحدِ قولَيْهِ: يأخذُ الأنقاضَ مَع العَرْصَةِ[٤]، وهَذا لا يصحُّ؛ لأنَّ النُّقضَ تبعٌ، والأتباعُ لا تُضْمنُ بِالعُقودِ، وتُضْمنُ بالقبضِ، وإذا لَم يضمنْها المُشْتَرِي بالعَقدِ ضَمِنَها بنُقْضِه؛ لأنَّه صارَ مُتْلفًا لها، فسَقَطَ حصَّتُها عن الشَّفيعِ، ألَا ترىٰ أنَّ البائعَ لَو نقضَ ذلِكَ سَقطَ حصَّتُه [٧/١١٦و/م] عَن المُشْتَرِي، كذلكَ في حقِّ الشَّفيعِ، وإنَّما لا يأخذُ الأنقاضَ؛ لأنَّها صارتْ [٣/١٢٠ظ] ممَّا يُنْقلُ ويُحَوَّلُ، ومثلُ ذلكَ لا يتعلَّقُ بِه شُفعةٌ، وإنَّما تعلَّقَتِ الشُّفعةُ بِه حالَ الاتِّصالِ علَىٰ وَجْهِ التَّبعِ، وقَد زالَ ذلِكَ، فَلا يجوزُ لَه أخْذُه بغيرِ سببٍ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٣٣٢].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٩].
(٤) ينظر «روضة الطالبين» للنووي [٤/١٧٣].

. . . .

فإنْ قيلَ: الاستِحقاقُ يثْبُتُ لَه فيهِما حينَ العَقدِ، فكانَ لَه أخْذُ كلِّ ما تناولَه عَقْدُ البيعِ.

قيلَ لَه: الأبنيةُ تتعلَّقُ بِها الشُّفعةُ حالَ اتِّصالِها، فإذا انهدمَتْ زالَ المعْنىٰ الَّذي أوْجبَ استحْقاقَها»[١]. كذا في «**شرْح الأقطع**».

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في «**شرْح الكافي**»: وإذا اشترىٰ الرَّجُلُ دارًا فغرقَ بناؤُها، أو احترقَ وبَقِيَتِ الأرضُ، لم يكُن للشَّفيعِ أنْ يأخُذَها إلَّا بجميعِ الثَّمنِ؛ لأنَّ الثَّمنَ يُقابلُ الأصلَ دونَ الوصْفِ، فبِفَواتِ[٢] الوصفِ لا يسْقطُ شيءٌ من الثَّمنِ، بَل يُخيَّرُ، ألَا ترىٰ أنَّ المُشْتَرِيَ لَه أنْ يَبِيعَه مرابحةً علىٰ كلِّ الثَّمنِ.

وكذلِكَ لَو كانتْ قناةً أوْ بئرًا فذهبَ ماؤُها، ولوْ هدَمَها المُشْتَرِي؛ قُسِمَ الثَّمنُ علىٰ قيمةِ الأرضِ، وقيمةِ البناءِ يومَ وقَعَ الشِّراءُ، وأخَذَ الأرضَ بحصَّتها من الثَّمنِ؛ لأنَّه بالتَّناولِ والإهلاكِ صارَ مقْصودًا، فأخذَ قِسْطًا من الثَّمنِ، وأخذَ الباقي ببقيَّتِه، ولا حقَّ لَه في البناءِ؛ لأنَّه منقولٌ، وإنَّما كانَ يأخذُه قبلَ النَّقْضِ بِعِلَّةِ اتِّصالِه بمِلْكِه وصَيْرورتِه تبعًا، وقَد زالَ هذا المعْنىٰ.

وكذلِكَ إنْ كانَ البائعُ قدِ استهلَكَ البناءَ، وكذلكَ لوِ استهلَكَه أجنبيٌّ فأخذَ منهُ المُشْتَرِي القيمةَ، ولوِ اخْتلفا في قيمةِ البناءِ، فقالَ المُشْتَرِي: قيمتُه خمسُ مئةٍ، وقيمةُ الأرضِ خمسُ مئةٍ، فَلَك أنْ تأخُذَها بنصفِ الثَّمنِ. وقالَ الشَّفيعُ: بَل كانَ قيمتُه ألفَ دِرهمٍ، فقدْ سَقَطَ بِهلاكِه ثُلُثا الثَّمنِ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِي؛ لأنَّ الشَّفيعَ يدَّعِي تملُّكَ الدَّارِ عليْه بِما يقولُ وهوَ يُنْكِرُ، فكانَ القولُ قولَه.

ولوْ أقاما البيِّنةَ: فالبيِّنةُ بيِّنةُ الشَّفيعِ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، علىٰ قياسِ نُكتةِ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/٣٣٢].

(٢) وقع بالأصل: «فتفاوت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

بِخِلَافِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النَّقْضَ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَفْصُولًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا.

قَالَ: وَمَنِ ابْتَاعَ أَرْضًا وَفِي[1] نَخْلِهَا ثَمَرٌ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا.

غاية البيان

أبي يوسُف ﷺ: أنَّ بيِّنتَه مُلْزِمةٌ.

وعَلىٰ قياسِ نُكْتةِ مُحمَّدٍ ﷺ: يجبُ أنْ تكونَ البيِّنةُ بينةَ المُشْتَرِي؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَصويرُ الأمرَيْنِ جميعًا، بخِلافِ ما إذا اختلَفا في أصْلِ الثَّمنِ.

وعلىٰ قياسِ قولِ أَبي يوسُف ﷺ: البيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَرِي؛ [لأنَّه][2] هوَ المُثبتُ للزِّيادةِ.

وإنِ اختلَفا في قيمةِ الأرْضِ يومَ وقعَ الشِّراءُ، نظرَ إلىٰ قيمتِه اليومَ، فقُسِّمَ الثَّمنُ عليْها؛ لأنَّه مَتىٰ كانَت قيمتُه يومَ المُنازعةِ معلومةً، ووَقْتُ الشِّراءِ قريبٌ منه، فالظَّاهرُ [١١٦/٧ظ/م] أنَّه كانَ هكذا يومَ الشِّراءِ، فكانَ الظَّاهرُ شاهدًا له، فيكونُ القولُ قولَه. كذا في «شرح الكافي».

قولُه: (بِخِلَافِ الأَوَّلِ)، أيْ: بخِلافِ ما إذا انهدمَتِ الدَّارُ بنفسِها وهلَكَ البناءُ، حيثُ يأخذُها الشَّفيعُ بجميعِ الثَّمنِ؛ لأنَّ الهلاكَ ثمَّةَ بآفةٍ سماويَّةٍ، وهُنا يأخذُها بقِسْطِها مِن الثَّمنِ؛ لأنَّه لَمَّا هدَمَها صارَ البناءُ مقصودًا، فسَقَطَ حصَّتُه.

والنُّقْضُ ـ بضمِّ النُّونِ ـ: البناءُ المنقوضُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ابْتَاعَ أَرْضًا وَفِي نَخْلِهَا ثَمَرٌ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمَرِهَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[3].

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: وعلىٰ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٩].

ومَعْنَاهُ إِذَا ذَكَرَ الثَّمَرَ فِي البَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَهَذَا الذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ وَفِي القِيَاسِ لَا يَأْخُذُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَأَشْبَهَ المَتَاعَ فِي الدَّارِ.

غاية البيان

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرح مُختصرِ الكَرْخِيِّ» رحمه الله: «وقَد كانَ القياسُ عندَهم أَلَّا تجبَ الشُّفعةُ في الثَّمرةِ، وهوَ قولُ [٣/١٢١و] الشَّافِعِيِّ رحمه الله[1]، وذلكَ لأنَّ هذا لا يدخلُ في البيعِ إلَّا بالتَّسْميةِ، فَصارتْ كمتاعٍ موْضوعٍ، وإنَّما استحْسنوا فقالوا: فيها الشُّفعةُ ؛ لأنَّها متَّصلةٌ بِما تعلَّقَتْ بِه الشُّفعةُ، فَصارتْ كالبناءِ، وليسَ يمْتَنِعُ أنْ يدخلَ في البيعِ بِالشَّرطِ ويتعلَّقُ بِها الشُّفعةُ، كالشِّرْبِ الخارجِ، والطَّريقِ الخارجِ»[2].

وجملةُ القولِ فيهِ علىٰ ثلاثةِ أَوْجُهٍ ذُكِرَتْ في «شرح الكافي»: إمَّا إنْ كانتِ الثَّمرةُ موجودةً عندَ العقدِ، أو حدثَتْ بعدَ العقدِ قبْلَ القبضِ، أوْ حدثتْ بعدَ القبضِ.

فإنْ كانتْ موجودةً عندَ العقدِ، وقَد شرطَ في العقدِ، ثمَّ أكَلَه المُشْتَرِي، أو ذهبَ بآفةٍ سماويَّةٍ ؛ سَقَطَ بِقِسْطِه مِن الثَّمنِ ؛ لأنَّه دخَلَ في العقدِ مقصودًا، فأخذَ قِسطًا مِن الثَّمنِ، فيأخذُ النَّخلَ والأرضَ بما بَقِيَ مِن الثَّمنِ إنْ شاءَ.

وإنْ حدثَتْ بعدَ العقدِ قبلَ القبضِ: إن ذهبَتْ بآفةٍ سماويَّةٍ ؛ لا يسْقُطُ بِذهابِها شيءٌ مِن الثَّمنِ، وإنْ أكَلَه هوَ أوْ غيرُه، أو جَزَّه ولم يأكلْه ؛ سَقَطَ بحِصَّتِه شيءٌ مِنَ الثَّمنِ لِمَا عُرِفَ أنَّه دخلَ تحتَ البيعِ تبعًا، فإذا وردَ عليهِ فعْلٌ يُشبِهُ القبضَ أوْ حقيقةَ القبضِ، والقبضُ يُشْبِهُ العقدَ، يأخذُ قِسطًا منَ الثَّمنِ، فيأخذُ الأرضَ والنَّخلَ ببقيَّةِ الثَّمنِ، وكذلِكَ إنْ بَقِيَ إلىٰ وَقْتِ القبضِ، ثمَّ ذهَبَ أوْ تناولَه هوَ أوْ غيرُه ؛ لأنَّ عندَ ورُودِ القبضِ عليْه صارَ مقْصودًا في العقدِ كأنَّه موجودٌ عندَ العقدِ ؛ لأنَّ القبضَ بِمنزلةِ العقدِ في باب البيع ؛ لكوْنِه مفيدًا للمِلكِ من وجهٍ.

(١) ينظر «روضة الطالبين» للنووي [٤/١٥٥].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

وَجْه الاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الاتِّصَالِ صَارَ تَبعًا لِلْعَقَارِ كَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا فِيْهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيْعُ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنِ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النَّخِيلِ ثَمَرٌ، فَأَثْمَرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي؛

غاية البيان

وإن حدثَتْ بعدَ القبضِ، ثمَّ أكَلَها أو ذهبَ بآفةٍ سماويَّةٍ الآنَ؛ لا يسْقُطُ بإزائِه شيءٌ منَ الثَّمنِ، ولَه أنْ يأخذَ الأرضَ والنَّخلَ بجميعِ الثَّمنِ؛ لأنَّه لمَّا لمْ يُوجدْ عندَ العقدِ، ولا عندَ ما لَه شَبَهٌ بالعقدِ؛ لَم [١١٧/٧و/م] يَصِرْ مقصودًا في العقدِ، وبقِيَ تابعًا، والأتباعُ لا قِسْطَ لَها مِن الثَّمنِ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِنِ ابْتَاعَهَا وَلَيْسَ فِي النَّخِيلِ[1] ثَمَرٌ، فَأَثْمَرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي)، يعْني: يأخذُه الشَّفيعُ، أيْ: يأخُذُ الشَّفيعُ الثَّمرَ أيضًا.

قالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: «ولوْ كانَ المُشْتَرِي قبَضَ الأرضَ والنَّخلُ لا ثمرَ فيها، ثمَّ أثمرَ في يد المُشْتَرِي، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ والثَّمرةُ معلَّقةٌ في النَّخلِ؛ فله أنْ يأخذَ الأرضَ والنَّخلَ والثَّمرَ بالثَّمنِ الأوَّلِ الذي وقَعَ عليهِ البيعُ، لا يُزَاد عليه شيءٌ»[2]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀، وذلِك لأنَّ الثَّمرَ نماءٌ منَ المَبِيعِ، فلا يَثْبُتُ لأجْلِه زيادةٌ في الثَّمنِ كزيادةِ القيمةِ.

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «فإنْ كانَ المُشْتَرِي لمَّا حَدَثَ الثَّمرُ في يدِه جزَّه، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ وهوَ قائمٌ، أوْ قدِ استهْلكَه المُشْتَرِي ببيعٍ أوْ أكلٍ؛ فإنَّ الشَّفيعَ يأخُذُ الأرضَ والنَّخلَ بجميعِ الثَّمنِ إنْ شاءَ، ولا سبيلَ لَه على الثَّمرةِ»[2]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀، وذلِكَ لأنَّ الثَّمرَ لم يقَعْ عليْه العقدُ، ولا التَّسليمُ المُوجِبِ بالعقدِ، وإنَّما كانَ الشَّفيعُ يأخذُه لتعلُّقِه بِالنَّخلِ، فإذا انفصلَ سَقَطَ حقُّه [عنه][3]، ولم يسْقُطْ بإزائِه

(١) وقع بالأصل: «النخل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

يَعْنِي يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَسْرِي إِلَيْهِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعَةِ.

غاية البيان

شيءٌ من الثَّمنِ ؛ لأنَّه لا حصَّةَ له ، وليسَ هذا كالثَّمرِ الحادِثِ في يدِ البائعِ إذا أتلفَه البائعُ ؛ لأنَّه حدَثَ قبلَ تمامِ البيعِ ، فيدخُلُ فيهِ كما لو حدَثَ قبلَ القبولِ ، وفي مسألتِنا حدثَتِ الثَّمرةُ بعدَ تَمامِ البيعِ ، فلم يدخُلْ فيهِ ، فلَمْ [١٢١/٣ظ] يكُن لَها حصَّةٌ.

ثمَّ قال الكَرْخِيُّ: «قالَ ابنُ سَمَاعَةَ: سمعتُ أبا يوسُف ﷺ قالَ في رَجُلٍ اشْترىٰ مِن رَجُلٍ أرضًا ونخلًا ، ولا ثمرةَ فيهِ ، فأخَذَه المُشْتَرِي وأثمَرَ عندَه فأكَلَه ، ثمَّ أثمرَ فأكَلَه المُشْتَرِي ، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ. قالَ: فإنَّه يأخذُها بجميعِ الثَّمنِ.

قالَ ابنُ سَمَاعَةَ: قالَ أبو يوسُف ﷺ هذا القولَ في شهْرِ ربيعٍ الأوَّلِ سنةَ ثلاثٍ وسبعينَ ومئةٍ ، وهوَ آخرُ ما سمعتُه منهُ ، وقَد كانَ يَقولُ: أُقَسِّمُ الثَّمنَ علىٰ الثَّمرةِ ، وعلىٰ قيمةِ الأرضِ والنَّخلِ والشَّجرِ ، فما أصابَ الغَلَّةَ ـ وهيَ الثَّمرةَ ـ أسقطتُه مِن الثَّمنِ ، ثمَّ رجَعَ فقالَ: يأخذُها بجميعِ الثَّمنِ أو يَدَعُ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وجهُ قولِه الأوَّلِ: أنَّ حقَّ الشَّفيعِ معَ المُشْتَرِي كَحَقِّ المُشْتَرِي معَ البائِعِ ، ولوْ حدَثَتْ هذِه الثَّمرةُ في يدِ البائِعِ فأكَلَها ؛ سَقَطَتْ حصَّتُها عن المُشْتَرِي ، كذلِك إذا حدَثَتْ في يدِ المُشْتَرِي.

قولُه: (وَمَا كَانَ مُرَكَّبًا) ، هو كالأبوابِ والسَّريرِ المُرَكَّبِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ المَبِيعَةِ[٢]) ، يعْني: أنَّ الجاريةَ المَبيعةَ إذا وَلدتْ قبلَ القبضِ ؛ يَسْري [١١٧/٧ظ/م] إليه حُكْمُ البيعِ ، فيكونُ الولدُ مِلْكَ المُشْتَرِي كالأمِّ ، فكذلِكَ هُنا الثَّمرُ الحادثُ في يدِ المُشْتَرِي قبلَ قَبْضِ الشَّفيعِ يَكونُ للشَّفيعِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

(٢) «يعني: أن الجارية المبيعة» ، هكذا كتب حاشية «م» ، وكتب: «بخطه» ، أي: بخط المؤلف.

قَالَ: فَإِنْ أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ؛ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حَيْثُ صَارَ مَفْصُولًا عَنْهُ فَلَا [١٦٣/ط] يَأْخُذُهُ.

قَالَ: فِي: «الكِتَابِ» فَإِنْ أَخَذَهُ[1] الْمُشْتَرِي سَقَطَ حِصَّتُهُ.

غاية البيان

أَخْذُه تَبعًا؛ لأنَّ المُشْتَرِي كالبائعِ مِن الشَّفيعِ.

قولُه: (فَإِنْ [أَخَذَهُ][1] الْمُشْتَرِي، ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ؛ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا)، أيْ: في فصْلِ ما إذا ابتاعَ أرضًا وفي نخْلِها ثمرٌ، وفي فصْلِ ما إذا ابتاعَها، وليسَ في النَّخيلِ ثمرٌ، فأثمَرَ في يدِ المُشْتَرِي.

قولُه: (قَالَ: فِي «الكِتَابِ»)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»: (فَإِنْ أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي؛ سَقَطَتْ حِصَّتُهُ)، وفي بعضِ النُّسَخِ: «جَذَّهُ»[2]، أي: قَطَعَه.

قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «وإنْ جاءَ وقَد جزَّه البائعُ، أو المُشْتَرِي، أو رَجُلٌ أجنبيٌّ، فلا شُفعةَ لَه في الثَّمرةِ، ويأخذُ الشَّفيعُ الأرضَ والنَّخلَ والشَّجرَ بِما يخصُّها من الثَّمنِ، ويسْقُطُ عنهُ ما يخصُّ الثَّمرةَ، ويُقْسَمُ الثَّمنُ على قيمةِ الأرضِ والنَّخلِ والشَّجرِ والثَّمرةِ يومَ العقدِ في ذلِكَ كلِّه، فما أَصابَ الثَّمرَ سَقَطَتْ حصَّتُه عنِ الشَّفيعِ، وقيلَ لَه: خُذِ الأرضَ والنَّخلَ والشَجرَ بحصَّتِها إنْ شِئْتَ»[3]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله، وذلِك لأنَّ القياسَ يمْنَعُ مِن تعلُّقِ حقِّ الشَّفيعِ بِها، وإنَّما استحْسَنوا؛ لاتِّصالِها بِما تعلَّقتْ به الشُّفعةُ، فإذا انفصلتْ بقِيَتْ علَى أصلِ القياسِ،

---

(١) هكذا في الأصل، وفي هامش نسخة «م» كتب: «وفي بعض النسخ: جذه، أي: قطعه» وكتب تحتها: «بخطه»، أي: بخط المؤلف.

(٢) في هامش نسخة «م»: قال: «يقال: جذذت الشيء أجذه، واجتذه، إذا قطعه. كذا في الجمهرة». وينظر: «جمهرة اللغة» [٨٧/١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

قَالَ ﷺ: وَهَذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي البَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

أَمَّا فِي الفَصْلِ الثَّانِي يَأْخُذُ مَا سِوَى الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ العَقْدِ فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا إِلَّا تَبَعًا فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

وإنَّما سَقَطَتْ حصَّتُها؛ لأنَّ العقدَ وقعَ عليْها، ولذلِك اعْتُبِرَتْ قيمتُها يومَ العقْدُ.

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: **(وَهَذَا جَوَابُ الفَصْلِ الأَوَّلِ)**، أي: الذي ذكرَه القُدُورِيُّ ﷺ في **«مختصره»** مِن سقوطِ حصَّةِ الثَّمرِ الذي أخَذه المُشْتَرِي عنِ الشَّفيعِ: هو جوابُ الفصل الأوَّلِ، وهو ما إذا ابتاعَها وفي النَّخلِ ثمرٌ.

أمَّا في الفصلِ الثَّاني: وهو ما إذا ابتاعَها وليسَ في النَّخلِ ثمرٌ، ثمَّ أَثْمَرَ في يد المُشْتَرِي، فأخذَه المُشْتَرِي؛ لا يأخذُ الشَّفيعُ ما سِوىٰ الثَّمر إلَّا بجميعِ الثَّمنِ، ولا يسْقُطُ شيءٌ أصلًا؛ لأنَّ الثَّمرَ لم يكن داخلًا تحتَ العقدِ، وقد مرَّ تمامُ البيانِ قبْلَ هذا.

واللهُ أعلَمُ بِالصَّوابِ وإليْهِ المرْجعُ والمآبُ.

بَابُ
مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ دَفْعًا لِمَؤُونَةِ الْقِسْمَةِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ.

غاية البيان

[٣/١٢٢و]

بَابُ
مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ

ذَكَرَ تفصيلَ ما يجبُ فيهِ الشُّفعةُ [وما لا يجبُ][1] بعدَ ذِكْرِ نَفْسِ الوجوبِ مُجْملًا؛ لأنَّ التَّفصيلَ إنَّما يحتاجُ إليهِ إذا سبَقَ ذِكْرُ الإجْمالِ.

قولُه: (قَالَ: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي العَقَارِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ)، أَيْ: قالَ **القُدُورِيُّ** ﷺ في «**مختصره**»[2].

قالَ المُطَرِّزِيُّ ﷺ: «والعَقارُ: الضَّيْعةُ، وقيلَ: كلُّ مالٍ لَه أَصْلٌ مِن دارٍ أَوْ ضَيْعةٍ». كذا في [٧/١١٨و/م] «**المُغرب**»[3].

قالَ الشَّيخُ أَبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ **في** «**مختصرِه**»: «الشُّفعةُ واجبةٌ في جميعِ ما بِيعَ مِن العَقَارِ دونَ غيرِه بسُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ، الدُّور، والمنازل، والحَوانيت، والخانات، والفَنادق، والمَزَارِع، والبَساتين، والأَقْرِحة[4]، والأَرْحاء[5]،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].
(٣) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٧٤].
(٤) القَراحُ مِن الأرض: كلُّ قطعةٍ على حِيَالها ليس فيها شجرٌ ولا شائبُ سَبِخٍ، وقد يُجْمَع على أَقْرِحة، كمكان وأَمْكِنة، وزمان وأَزْمِنة. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/١٦٦].
(٥) الأَرْحاء: جَمْع الرَّحَىٰ، وهي الأَداةُ التي يُطْحَن بها، وهي حَجَران مُسْتديرانِ يُوضَع أَحدُهما على=

وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَقَّارٍ أَوْ رُبْعٍ» إِلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْعُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ سَبَبُهَا الِاتِّصَالُ فِي الْمِلْكِ وَالْحِكْمَةِ دَفْعَ ضَرَرِ سُوءِ

غاية البيان

والحَمَّامات، وسائر العَقَار، إذا وقع البيعُ علىٰ عَرْصَتِهِ، إن كانت في مِصْرٍ، أوْ نحوه، أوْ سَوَادٍ، أوْ غير ذلك مِن أرضِ الإسلامِ، إذا كان ذلكَ مملوكًا يجوزُ بيْعُ مالِكه[1] فيه، وكانَ البيعُ بيعًا قاطعًا ليسَ فيهِ خيارُ شرطٍ.

فإنْ كانَ فيهِ خيارُ شرْطٍ، وكانَ[2] الشَّرطُ لمُشتريهِ دونَ بائعِه؛ ففيهِ الشُّفعةُ، وإن كانَ لِبائعِه أوْ لَهُما؛ فلا شُفعةَ فيهِ؛ لأنَّ خيارَ البائعِ يَمنعُ أنْ يُمْلَكَ عليْه ما باعَ، وخيارُ المُشْتَرِي لا يمْنَعُ مِن خروجِه مِن مِلْكِ بائعِه، وإنَّما تجبُ الشُّفعةُ بزوالِ مِلْكِ البائعِ عَن العَقَارِ، فيكونُ الشَّفيعُ عندَ ذلك أحقَّ بِه»[3] إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

والحاصلُ: أنَّ الشُّفعةَ تجبُ عندَنا في العَقارِ الَّذي يجوزُ قِسْمتُه، والَّذي لا يجوزُ قِسْمتُه.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لا يجبُ في العَقَارِ الَّذي لا يجوزُ قِسْمتُه، كالحَمَّامِ، والرَّحَاءِ، والبئرِ، والنَّهرِ، والدُّورِ الصِّغار[4].

والمرادُ بِما لا يجوزُ قِسْمتُه: ألَّا ينتفعَ بِه بعدَ القِسْمةِ الحِسِّيَّةِ مثلَ انتفاعِه قبلَ القِسمةِ، ويفوتُ جنْسُ الانتِفاعِ كما في الحَمَّامِ، لا أنَّه لا يحتملُ التَّجزُّؤَ والقسمةَ في ذاتِه؛ لأنَّه ما مِن شيءٍ في الدُّنيا إلَّا ويحتملُ التَّجزُّؤَ في نفسِه، وقَد مرَّ ذلِكَ

= الآخر، ويُدار الأعْلَىٰ علىٰ قُطبٍ. والجمع: أرْحٍ، وأرحاءٌ ورُحِيٌّ، وأَرْحِيَةٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٣٥].

(١) وقع بالأصل: «ما ملكه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «أو كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥/ داماد].

(٤) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٧١]، و«روضة الطالبين» للنووي [٤/١٥٧].

الْجِوَارِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ الْقِسْمَيْنِ مَا يُقَسَّمُ وَمَا لَا يُقَسَّمُ وَهُوَ الْحَمَّامُ وَالرَّحَىٰ وَالْبِئْرُ وَالطَّرِيقُ.

في أوائلِ كتابِ الهبةِ.

وجهُ قولِ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: أنَّ العِلَّةَ في وجوبِ الشُّفعةِ دَفْعُ مُؤْنةِ القسمةِ، وهوَ الضَّررُ الَّذي يَلْحَقُ الشَّريكَ بأُجْرةِ القَسَّامِ، وهوَ فاسدٌ؛ لأنَّ هذا المعْنىٰ موجودٌ في الشَّركةِ في العُرُوضِ، ولا شُفْعةَ فيها.

ولنا: ما رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في «شرح الآثار»: بإسنادِهِ إلىٰ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رضي الله عنه يقولُ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ بِأَرْضٍ، أَوْ رَبْعَةٍ، أَوْ حَائِطٍ**»[١].

ورَوَىٰ أيضًا [فيهِ][٢] بإسنادِهِ إلىٰ جابرٍ رضي الله عنه قالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا؛ انْتَظَرَ إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا**»[٣].

ورَوَىٰ أيضًا فيهِ بإسنادِهِ إلىٰ ابنِ أبي مُلَيْكَةَ، عنِ ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الشَّرِيكُ شَفِيعٌ، وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ**»[٤]، وهذه العموماتُ تشْملُ ما يُقْسَمُ وما لا يُقْسَمُ، فَتَثْبُتُ الشُّفعةُ في جَمِيعِ ذلِك، ولأنَّ السَّببَ في

---

(١) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب المساقاة/باب الشفعة [رقم/ ١٦٠٨]، أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الشفعة [رقم/٣٥١٣]، والنسائي في كتاب البيوع/ بيع المشاع [رقم/ ٤٦٤٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/ ١٢٠]، من حديث: جَابِرِ بْن عَبْدِ اللهِ رضي الله عنه به.. واللفظ للطحاوي.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء أن الشريك شفيع [رقم/ ١٣٧١]، والدارقطني في «سننه» [٤/ ٢٢٢]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/ ١٢٥]، وغيرهم من طريق: ابن أبي مُلَيْكَةَ، عن ابن عَبَّاسٍ رضي الله عنهما به.

قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا مِن حديث أبي حمزة السكَّري، وقد رَوَىٰ غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا، وهذا أصح».

قَالَ: وَلَا شُفْعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ؛ ....

﴾ غاية البيان ﴿

وجوبِ الشُّفعةِ الاتِّصالُ بينَ المِلْكَيْنِ؛ لأنَّ الاتِّصالَ علىٰ وَجْهِ القرارِ والتَّأبيدِ، لا يعْرَىٰ عَن ضررِ الدَّخيلِ بسوءِ [١١٨/٧ظ/م] الصُّحبةِ، وأذَىٰ المُجاوَرةِ، فتجبُ الشُّفعةُ دفعًا [١٢٢/٣ظ] للضَّررِ، والاتِّصالُ بهذِه الصِّفةِ يُوجدُ فيما يُقْسَمُ، وما لا يُقْسَمُ، فَتَثْبُتَ الشُّفعةُ، وقدْ مرَّ بيانُ ذلِكَ في أوائِلِ «كتابِ الشُّفعةِ».

قولُه: (قَالَ: وَلَا شُفْعَةَ فِي العُرُوضِ وَالسُّفُنِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1].

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ ﵀ في «شرح الكافي»: «ولا شُفعةَ إلَّا في الأَرَضِينَ والدُّورِ حتَّىٰ لا يَثْبُتَ في المنقولِ.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: يَثْبُتُ في المنقولِ».

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرْحه»: «وقالَ مالكٌ ﵀: يَثْبُتُ في السُّفنِ أيضًا[2]».

وجهُ قولِه: ما رُوِيَ عنِ ابنِ عبَّاسٍ ﵄ عنِ النَّبِيِّ ﷺ: «**الشَّرِيكُ شَفِيعٌ وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ**»[3].

ولنا: ما رَوَيْنا عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﵄ عَن رَسولِ الله ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ بِأَرْضٍ أَوْ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ**»[3]، ولأنَّ الشُّفعةَ أمْرٌ ثبتَ علىٰ خلافِ القياسِ بالنَّصِّ والإجماعِ في العَقَارِ، ولا نصَّ وَلا إجماعَ في المنقولِ، والمنقولُ ليسَ في معْنىٰ العَقَارِ، فَلَا يُقاسُ عليْه؛ لأنَّ الضَّررَ لازمٌ في العَقَارِ، فإنَّه متىٰ آذاهُ شَريكُه

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

(٢) مذهب مالك: أنه لا شُفعة في السفُن. ينظر: «المدونة» [٤/٢١٦]، و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٨٥٥].

(٣) سبق تخريجه.

لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ ﷺ فِي إِيجَابِهَا فِي السُّفُنِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ سُوءِ الْجِوَارِ عَلَىٰ

في المُساكنةِ، إمَّا أنْ يتحمَّلَ أذاه، أوْ يَبِيعَه، وفي ذلِك ضررٌ بيِّنٌ؛ لأنَّ العقاراتِ لا تُشترىٰ عادةً للبيعِ، بَل تُقتنىٰ لمصلحةِ المَعاشِ، وفي المنقولِ إن آذاهُ يَبِيعُه وليسَ في البيعِ ضررٌ؛ لأنَّه لا يُقْتَنىٰ عادةً، ولأنَّهُما يتهايآن انتفاعًا، فلا يتحقَّقُ الضَّررُ حالةَ الانتِفاعِ.

والجوابُ عَن حديثِ الخَصمِ فَنقولُ: معْنىٰ قولِه: «**الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ**». أيْ: في الدُّورِ والعَقَارِ والأَرَضِينَ، بدليلِ أنَّه لا تجبُ الشُّفعةُ في الحيوانِ، ألَا تَرىٰ إلىٰ ما رَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ ﷺ عن أحمدَ بنِ داودَ قالَ: حدَّثنا يَعقوبُ قالَ: حدَّثنا مَعْنُ بنُ عيسىٰ، عنْ محمَّدِ[1] بنِ عبدِ الرحمنِ، عَن عَطاءٍ، عَنِ ابنِ عَبَّاسٍ ﷺ قالَ: «لَا شُفْعةَ فِي الحَيَوانِ»[2]. كذا في «**شرح الآثار**».

قولُه: (لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[3])، ولنا في صحَّةِ هذا الحديثِ نظرٌ.

يُقالُ: رَبَعَ الرَّجُلُ بالمكانِ يَرْبَعُ رَبعًا إذا أقامَ به، والرَّبعُ: المنزلُ في الشتاءِ والصَّيفِ، والمَرْبَعُ: المنزلُ في الربيعِ. كذا ذكَر في «**الجَمهرة**»[4].

والحائطُ: معروفٌ، وهوَ جَمْعُ الحِيطان[5].

---

(١) وقع بالأصل: «محمد بن إبراهيم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح معاني الآثار».

(٢) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٢٦/٤]، بهذا الإسناد به.

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٣١٦/١].

(٥) كذا، والمراد: «وجمعه: الحيطان».

الدَّوَام، وَالْمِلْكُ فِي الْمَنْقُولِ لَا يَدُومُ حَسَبَ دَوَامِهِ فِي الْعَقَارِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ وَلَا شُفْعَةَ فِي الْبِنَاءِ وَالنَّخِيلِ إِذَا بِيعَتْ دُونَ الْعَرْصَة، وَهُوَ صَحِيحٌ مَذْكُورٌ فِي الْأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَا قَرَارَ لَهُ فَكَانَ نَقْلِيًّا، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعُلْوِ

غاية البيان

قولُه: (حَسَبَ دَوَامِهِ)، الحَسَبُ بمعْنى القَدْرِ، وهوَ مفتوحُ السِّينِ، وسكَّنَها قومٌ. كذا في «الجَمهرة»[1].

قولُه: (وَهَذَا بِخِلَافِ العِلْوِ)، أي: عدم وجوبِ الشُّفعة في البناءِ[2]، بخلاف العِلْوِ، فإنَّ الشُّفعةَ تجبُ فيه.

قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وإنْ بِيعَ سِفْلُ عقارٍ دونَ عِلْوِهِ، أوْ عِلْوُه دونَ سِفلِه، أوْ هُما؛ وجبَتْ فيهِ الشُّفعةُ، بِيعَا جميعًا، أوْ كلُّ [٧/١١٩و/م] واحدٍ منهما على انفرادِه.

وقالَ أبو يوسُف ﷺ: إنَّ وجوبَ الشُّفعةِ في السِّفلِ والعِلْوِ استحسانٌ، رَوَى ذلِك عنهُ ابنُ سَمَاعَةَ وبِشْرُ بنُ الوليدِ وعلِيُّ بنُ الجَعْدِ»[3]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ القُدُورِيُّ في «شَرْحه»: «أمَّا إذا بِيعا جميعًا، فلا شُبْهةَ فيهِ؛ لأنَّه باعَ العَرْصَةَ بحقوقِها، فتتعلَّقُ الشُّفعةُ بِجميعِ ذلِك، وأمَّا إذا باعَ السِّفلَ دونَ العِلوِ؛ فلقولِه ﷺ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ»[4]. ولأنَّ التَّأذِّيَ يخافُ فيها على وَجْهِ الدَّوامِ.

وأمَّا العِلوُ: فلأنَّه حقٌّ متعلِّقٌ [٣/١٢٣و] بالبُقعةِ عَلى التَّأبيدِ، وهوَ كنَفْسِ البُقعةِ، والَّذي قالَه أَبو يوسُف ﷺ مِن الاستِحْسانِ إنَّما هوَ في العِلْوِ.

وكانَ القِياسُ: ألَّا يجبَ فيهِ الشُّفعةُ؛ لأنَّه لا يبقَى على وَجْهِ الدَّوامِ، وإنَّما

(١) ينظر: المصدر السابق [١/٢٧٧].
(٢) وقع بالأصل: «في العروض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥، ٢٨٦/ داماد].
(٤) سبق تخريجه.

حَيْثُ يُسْتَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ وَيُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي السُّفْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العِلْوِ فِيهِ، لِأَنَّهُ بِمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الْقَرَارِ اِلْتَحَقَ بِالْعَقَارِ.

غاية البيان

استَحْسنوا؛ لأنَّ حقَّ الوضعِ متأبِّدٌ، فهوَ كالعَرْصَةِ»[1].

وقَد قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله **في «الزِّيادات»**: «إنَّ العِلْوَ إذا تهدَّمَ ثمَّ بِيعَ السُّفلُ؛ فالشُّفعةُ واجبةٌ لصاحبِ العِلْو عندَ أبي يوسُف رحمه الله، ولا شُفعةَ عندَ مُحَمَّدٍ رحمه الله، فأَجْرَىٰ أبو يوسُف حقَّ الوضعِ، وإن لَم يكُن هُناكَ بناءٌ مُجرىٰ المِلْكِ؛ لأنَّه حقٌّ ثابتٌ علىٰ التَّأبيدِ كنفسِ المِلْكِ».

وقالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: «إنَّ الشُّفعةَ إنَّما تجبُ بالمُجاورةِ، فإذا لم يكُن هناكَ بناءٌ؛ لم تُوجدِ المُجاورةُ، فلم تجبِ الشُّفعةُ».

وذكرَ مُحَمَّدٌ رحمه الله **في «الزِّيادات»**: «أنَّ مَن باعَ عِلْوًا، فاحترقَ قبلَ التَّسليمِ؛ بطلَ البيعُ، ولمْ يحْكِ خلافًا.

قالَ ابنُ شَاهَوَيْه[2]: هذا ينبَغي أنْ يكونَ قولُه خاصَّةً، فأمَّا علىٰ قولِ أَبي يوسُف: فيجبُ ألَّا يَبْطُلَ البيعُ لبقاءِ حقِّ الوضعِ، ألَا ترىٰ أنَّه أجراهُ مجْرَىٰ العَرْصَةِ في إيجابِ الشُّفعةِ[3]. كذا ذَكرَ القُدُوريُّ رحمه الله في «**شرحه**».

وقولُه: (إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقُ العِلْوِ فِيهِ)، أيْ: في السُّفْلِ، وهذا لبيانِ أنَّ استحقاقَ الشُّفعةِ فيه بسبَبِ الجوارِ، لا بسبَبِ الشَّركةِ، وليسَ لبيانِ أنَّ الشُّفعةَ لا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥، ٢٨٦/ داماد].

(٢) هو محمد بن أحمد بن علي بن شاهويه، القاضي أبو بكر الفارسي الحنفي أحد الأعلام. جمَع بين الفقه وعِلْم الحِساب. قال الحاكمُ: «كان أقام بنيسابور زمانًا، ثم رجَعَ إلىٰ بخارىٰ، وكان يدرس في مدرسة أبي حفص الفقيه، ثم انصرف ورجَع إلىٰ بلاد فارس فتولَّىٰ القضاء بها». (توفي سنة: ٣٦١ هـ). ينظر «تاريخ الإسلام» للذهبي [١٩٦/٨]. و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١٨/٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥، ٢٨٦/ داماد].

قال: والمُسلمُ والذِّمِّيُّ في الشُّفْعة سواءٌ؛ ....

غاية البيان

تجبُ إذا كان طريقُ العلوِ فيه، بل تجبُ الشُّفعةُ ثَمَّةَ أيضًا، لكِن بسببِ الشَّركةِ لا بالجوارِ، حتَّىٰ يكونَ مُقدَّمًا علىٰ الجار.

ألا ترىٰ إلىٰ ما نصَّ الكرْخيُّ ﷺ في **«مختصره»** وقال: «فلوْ أنَّ رَجُلًا له عِلْوٌ في دارٍ، وطريقُه في دارٍ أُخرىٰ إلىٰ جنْبِها، فباعَ صاحبُ العِلْوِ عِلْوَه؛ فأصحابُ الدَّار الَّتي فيها الطَّريقُ أولىٰ بالشُّفعةِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ، وذلِك أنَّهم شركاءُ في الطَّريقِ، وصاحبُ الدَّارِ الَّتي فيها العِلْو جارٌ، والشَّريكُ في الطَّريقِ أوْلىٰ من الجارِ، ولوْ تركَ صاحبُ الطَّريقِ الشُّفعةَ، وللعِلْوِ جارٌ ملاصقٌ؛ أخذَه بالشُّفعةِ مع صاحب السُّفْلِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منْهما جارٌ للعِلْوِ، والتَّساوي في الجوارِ أوْجَبَ التَّساوي في الشُّفعةِ. كذا ذكرَه القُدُوريُّ ﷺ.

قوله: (قَالَ: وَالمُسْلِمُ والذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

قالَ [٧/١١٩ظ/م] **الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»**: «وأهلُ الإسلامِ في استِحْقاقِ الشُّفعةِ، وأهلُ الذِّمَّةِ والمُستأمنونَ مِن أهلِ الحرْبِ، والعبيدُ المأذونُ لَهم في التِّجارةِ، والأحرارُ والمُكاتبونَ والمعتَقُ بعضُه في وجوبِ الشُّفعةِ لَهُم وعليهِم سواءٌ، وكذلِك النِّساءُ والصِّبيانُ فيما وجَبَ لهُم، أو وجَبَ عليهِم مِن ذلِك سواءٌ.

والخُصَماءُ فيما يجِبُ علىٰ الصِّبيانِ: آباؤُهم، فإن لم يكونوا فأوصياءُ الآباءِ، فإن لَم يكونوا؛ فالأجدادُ مِن قِبلِ الأبِ، فإن لَم يكونوا فأوْصياءُ الأجدادِ، فإن لم يكونوا؛ فالإمامُ أوِ الحاكمُ يُقيمُ لهُم مَن ينوبُ عنهُم فيهِ، وأهلُ العدْلِ وأهْل البَغْيِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٦].

لِلعُمُومَاتِ ولِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي السَّبَبِ وَفِي الحِكْمَةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الاِسْتِحْقَاقِ،

في الشُّفعةِ سواءٌ أيضًا»[١]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

قالَ القُدُورِيُّ في «شرحه»: «وقالَ ابنُ شُبْرُمَةَ ﷺ: لا شُفعةَ للكافرِ».

وقالَ الخِرَقِيُّ مِن أصْحابِ أحمدَ بنِ حنبلٍ ﷺ: «ولا شُفعةَ لكافرٍ علىٰ مسلمٍ»[٢].

ولَنا: ما رُوِيَ أنَّ شُرَيْحًا ﷺ قضَىٰ لِذِمِّيٍّ علىٰ مسلمٍ بالشُّفعةِ، فكتَبَ [١٢٣/٣ظ] بذلِك إلىٰ عُمَرَ بنِ الخطَّابِ، فأجازَه[٣]؛ ولأنَّه حقٌّ متعلِّقٌ بالبيعِ، فاسْتوىٰ فيهِ المسلمُ والذِّمِّيُّ كالرَّدِّ بالعَيبِ.

وأمَّا المأذونُ: فهُو في حقوقِ البيعِ كالحُرِّ، وكذلِك المُكاتَبُ والمُعتقُ بعضُه مُكاتبٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وحُرٌّ عندَهُما، وكذلِكَ النِّساءُ والصِّبيانُ فيما وجَبَ لهُم، أو وجَبَ عليهِم في ذلِكَ سواءٌ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ: «**الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ**»[٤]، ولم يَفْصِلْ، ولأنَّ حقوقَ البيعِ يسْتوي فيها النِّساءُ والصِّبيانُ كالرَّدِّ بالعَيبِ[٥]. كذا ذَكرَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه».

قولُه: (لِلعُمُومَاتِ)، أيْ: لِعمومِ الأخبارِ؛ لأنَّه لا فَصْلَ فيها.

قولُه: (فِي السَّبَبِ)، أي: في الاتِّصالِ بين المِلْكَيْنِ علىٰ الدَّوامِ.

قولُه: (وَفِي الحِكْمَةِ). أي: في الحِكمة التي هي دفْعُ ضررِ الدَّخيلِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٦/ داماد].

(٢) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص٧٨].

(٣) أخرج: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٢٧٣٤]، من طريق: أَبِي المِقدام بن قُرَّةَ، قال: حدَّثني جارٌ لي: «أنَّ شُرَيْحًا قَضَىٰ لِنَصْرانِيٍّ بِشُفْعةٍ».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥/ داماد].

وَلِهَذَا يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَالْبَاغِي وَالْعَادِلُ وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مُكَاتَبًا. قَالَ: وَإِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ؛ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ مُرَاعَاةُ [١٦٤/و] شَرْطِ الشَّرْعِ فِيهِ وَهُوَ التَّمَلُّكُ بِمِثْلِ مَا

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ؛ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1].

قالَ الشَّيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وكلُّ ما مُلِكَ بغيرِ بدلٍ أو مُلِكَ ببدلٍ ليسَ بمالٍ؛ فَلا شُفعةَ فيه»[2].

قالَ القُدُورِيُّ في «شرْحه»: «أمَّا المملوكُ بغيرِ بدلٍ، كالهبةِ والصَّدقةِ، فلا شُفعةَ فيهما.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ ﷺ: فيهما الشُّفعةُ بقيمةِ الموْهوبِ.

لنا: أنَّه نقلُ مِلْكٍ بغيرِ عِوضٍ، فصارَ كالميراثِ.

وأمَّا الميراثُ: فلا شُفعةَ فيه؛ لأنَّ الوارثَ يَمْلِكُ علىٰ حُكمِ مِلْكِ الميِّتِ، ولهذا يردُّ علىٰ بائعِه بالعَيبِ، فكأنَّ مِلْكَ الميِّتِ لم يَزُلْ.

وأمَّا المملوكُ بالوصيَّةِ: فلا شُفعةَ فيه؛ لأنَّه تمليكٌ يتعلَّقُ بالموتِ كالميراثِ.

فأمَّا المملوكُ ببدلٍ ليسَ بمالٍ: كالمهرِ، والبدلِ في الخلعِ، والإجارةِ، والصُّلحِ مِن دمِ العمدِ، فسيَجِيءُ ذلكَ بعدَ هذا إن شاءَ اللهُ تعالىٰ، وإنَّما تجبُ الشُّفعةُ في المملوكِ ببدلٍ هوَ مالٌ؛ لأنَّ الواجبَ على الشَّفيعِ [١٢٠/٧و/م] أنْ يتملَّكَ العقارَ بالعِوَضِ الَّذي تملَّكَ بِه المُشْتَرِي، فإنْ كانَ له مثلٌ؛ وجَبَ عليه مِثْلُه، وإلَّا وجَبَتْ قيمتُه؛ لأنَّ المِثْلَ أعدلُ مِن القيمةِ فيما لَه مِثْلٌ، أمَّا فيما لا مِثْلَ له؛ فالقيمةُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٦].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٥/ داماد].

تَمَلَّكَ بِهِ الْمُشْتَرِي صُورَةً أَوْ قِيمَةً عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: وَلَا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا، أَوْ يُخَالِعُ الْمَرْأَةَ بِهَا، أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا، أَوْ غَيْرَهَا، أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أَوْ يُعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُبَادَلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذِهِ الْأَعْوَاضُ

غاية البيان

أَعدلُ منَ المِثْلِ، فيجبُ ذلِكَ».

قولُه: (صُورَةً)، أي: فيما له مِثْلٌ كالمَكيلِ، والمَوزونِ، والعَدديِّ المُتقاربِ.

قولُه: (أَوْ قِيمَةً)، أي: فيما لا مِثلَ له، وهو الذي يتفاوَتُ آحادُه.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ في فصْلِ ما يُؤْخَذُ بِه المَشفوعُ بقولِه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِعَرْضٍ؛ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِمَكِيلٍ، أَوْ مَوْزُونٍ؛ أَخَذَهَا بِمِثْلِهِ).

قولُه: ([قَالَ][1]: وَلَا شُفْعَةَ فِي الدَّارِ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا، أَوْ يُخَالِعُ الْمَرْأَةَ بِهَا، أَوْ يَسْتَأْجِرُ بِهَا دَارًا، أَوْ غَيْرَهَا، أَوْ يُصَالِحُ بِهَا عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أَوْ يُعْتِقُ عَلَيْهَا عَبْدًا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[2].

والأصلُ فيهِ: أنَّ ما مُلِكَ ببدلٍ ليسَ بمالٍ؛ فلا شُفْعةَ فيهِ؛ لأنَّ استِحْقاقَ الدَّارِ بالشُّفعةِ بالآثارِ علىٰ خلافِ القِياسِ، وأنَّها وردتْ في مُعاوَضةِ المالِ بِالمالِ، وهذِه الأشياءُ ليْستْ في معْناها، فيقتصرُ علىٰ مَوْرِدِ الشَّرعِ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: تجبُ الشُّفعةُ[3]، وهُو قولُ ابنِ أَبي لَيْلَىٰ؛ لأنَّه عقْدُ معاوضةٍ، فجازَ أنْ تَثْبُتَ الشُّفعةُ في الشِّقصِ المَمْلوكِ بِه كالبيعِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٦].

(٣) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٢٤٩].

لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ، فَإِيجَابُ الشُّفْعَةِ فِيهَا خِلَافُ الْمَشْرُوعِ وَقَلْبُ الْمَوْضُوعِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ﷺ يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَعْوَاضَ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُ فَأَمْكَنَ الْأَخْذُ بِقِيمَتِهَا إِنْ تَعَذَّرَ بِمِثْلِهَا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِالْعَرْضِ، بِخِلَافِ الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا عِوَضَ فِيهَا رَأْسًا.

وَقَوْلُهُ يَتَأَتَّى فِيمَا إِذَا جَعَلَ شَقْصًا مِنْ دَارٍ مَهْرًا **أَوْ مَا يُضَاهِيْهِ** ؛ ....

غاية البيان

ولنا: أنَّه مُلِكَ بسببٍ لا يَثْبُتُ فيه خيارُ [الشَّرط][1]، فلا تجبُ فيهِ [٣/١٢٤و] الشُّفعةُ كالمملوكِ بالهبةِ [والوصيَّةِ والميراثِ، ولأنَّه ليسَ في مقابلتِه عِوَضٌ هوَ مالٌ، فصارَ كالهبةِ][2].

والجوابُ عَن قياسِ الخَصمِ عَلى البيعِ فَنقولُ: المقصودُ مِن عَقْدِ البيعِ عِوَضٌ هوَ مالٌ، وليسَ المقصودُ مِن النِّكاحِ العِوضُ، فلَم يكُن في حُكْمِ المُعاوضاتِ.

أوْ نقولُ: لا نسلِّمُ أنَّ النِّكاحَ معاوضةٌ على الإطْلاقِ؛ لأنَّ المعاوضةَ ما لا ينفكُّ العِوضُ عنه، وفي النِّكاحِ قَد ينفكُّ عندَهم في المُفوِّضةِ، وعندَنا في الذِّمِّيينَ، وإذا زوَّج أمتَه مِن عَبْدِه.

ولا يُقالُ: الشُّفعةُ لإزالةِ الضَّررِ، وهوَ مُؤْنةُ أُجْرَةِ القسامِ، وهُو موجودٌ في هذِه المواضعِ.

لأنَّا نقولُ: يبطلُ ذلِكَ بالهبةِ وبالعروضِ، وتَقوُّمُ المنافعِ ضروريٌّ بعَقْدِ الإجارةِ، وقَد ثبَتَ تقوُّمُها ضرورةَ قضاءِ الحوائجِ، والثَّابتُ بالضَّرورةِ يتقدَّرُ بقدرِ الضَّرورةِ، فَلا يظهرُ في غيرِ ذلِكَ.

قولُه: (أَوْ مَا يُضَاهِيهِ)، أيْ: جعلَ شِقْصًا مِن دارٍ بدلَ الخُلعِ والأُجرةِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

لأَنَّهُ لا شُفعةَ عندهُ إلَّا فيه ونحنُ نقولُ: إنَّ تقوُّمَ منافعِ البُضعِ في النِّكاحِ وغيرِها بعقدِ الإجارةِ ضروريٌّ فلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشُّفْعَةِ، وَكَذَا الدَّمُ وَالعِتْقُ غَيْرَ مُتَقَوِّمٍ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ مَا يَقُومُ مَقَامَ غَيْرِهِ فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِما، وعَلى هذا إِذَا تزَوَّجَهَا بغَيْرِ مَهْرٍ، ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ فِي كَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالْبُضْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّهُ لا شُفعَةَ عِنْدَهُ إِلَّا فِيهِ)، أيْ: في الشِّقْصِ المَمْهورِ؛ لأنَّه لا يرى الشُّفعةَ بالجوارِ.

قولُه: (إِنَّ تَقَوُّمَ مَنَافِعِ البُضْعِ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهَا بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ضَرُورِيٌّ)، أي: تقوُّمُ منافعِ [٧/١٢٠ط/م] البُضْعِ في النِّكاحِ ضروريٌّ، وكذا تَقَوُّمُ مَنافعَ غيرِ منافعِ البُضعِ ضروريٌّ أيضًا، كما في استئجارِ الدَّارِ لِلسُّكنى، والدَّابَّةِ للرُّكوبِ، والثَّوبِ للُّبسِ.

قولُه: (فِي المَعْنَى الخَاصِّ المَطْلُوبِ)، وهو الماليَّةُ.

قولُه: (وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا)، أيْ: لا يتحقَّقُ المعنى الخاصُّ المطْلوبُ، وهوَ الماليَّةُ في الدَّمِ والعتقِ.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ مَهْرٍ، ثُمَّ فَرَضَ لَهَا الدَّارَ مَهْرًا)، أي: لا يجبُ فيها الشُّفعةُ.

قالَ في «شرْحِ الكافي»: «وكذلِكَ لوْ تزوَّجَ امرأةً بغيرِ مهرٍ، ثمَّ فرضَ لَها دارًا مهرًا، أو صالَحَها على أن جعلَها لها مهرًا، أو أعْطاها إيَّاها مهرًا؛ لم يكُن فيها شُفعةٌ؛ لأنَّه في هذِه الوجوهِ كلِّها تكونُ الدَّارُ عِوضًا عنِ البُضعِ، إذِ الصُّلحُ والعوضُ يكونُ تقديرًا لمَهرِ المِثْلِ، ولو صالَحها مِن مهرِها على الدَّارِ، أوْ صالَحَها عليْها ممَّا يجبُ لها منَ المهْرِ؛ فَللشَّفيعِ فيها الشُّفعةُ؛ لأنَّه حينَئذٍ يكونُ عِوَضًا عنِ المَهرِ،

أَوْ بِالْمُسَمَّىٰ ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ .

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ دَارٍ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا ؛ فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ مَالِيَّةٌ فِي حَقِّهِ. وَهُوَ يَقُولُ: مَعْنَى الْبَيْعِ فِيهِ تَابِعٌ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ

﴿ غاية البيان ﴾

فيكونُ بيعًا حقيقةً».

وقالَ في «الشَّامل»: «صالَحه عَلىٰ دارٍ مِن جراحةِ خطإٍ تجبُ الشُّفعةُ ؛ لأنَّ الواجبُ المالُ».

قولُه: (لِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ)، يعْني: أنَّ مهرَ المِثْلِ أوِ المُسمَّىٰ مالٌ، فإذا باعَ الدَّارَ بأحدِهِما ؛ يكونُ مُبادلة المالِ بالمالِ لا محالةَ.

قولُه: (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ دَارٍ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ أَلْفًا ؛ فَلَا شُفْعَةَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَالَا: تَجِبُ فِي حِصَّةِ الْأَلْفِ)[1]، ذكرَ هذِه المسألَةَ بطريقِ التَّفريعِ عَلىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، وهيَ مِن مسائِلِ «الأصل»[2].

قالَ الحاكِمُ الشَّهيدُ ﵀ في «الكافي»: «وإنْ صالَحَ مِن دمِ عمدٍ علىٰ دارٍ، علىٰ أنْ يرُدَّ صاحبُ الدَّمِ ألفَ درهمٍ عليْه ؛ فَلا شُفعةَ في الدَّارِ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﵀، وقالَ أَبو يوسُف ﵀: يأخذُ منها جزءًا من أحدَ عشَرَ جزءًا بألفِ دِرهمٍ، وكذلِكَ لوْ تزوَّجَ [عَلىٰ دارٍ][3] علىٰ أنْ تَرُدَّ هيَ عَلىٰ الزَّوجِ ألفَ دِرهمٍ ؛ فلا شُفعةَ

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٤٠٦/٩]، «تبيين الحقائق» [٢٥٣/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٨/١]، «البناية شرح الهداية» [٣٥٦/١١]، «تكملة البحر الرائق» [١٥٧/٨].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٢٦٦/٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

النِّكَاحِ فِيهِ، وَلَا شُفْعَةَ فِي الْأَصْلِ فَكَذَا فِي التَّبَعِ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ شُرِعَتْ فِي الْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ الْمَقْصُودَةِ حَتَّىٰ أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا بَاعَ دَارًا وَفِيهَا رِبْحٌ لَا يَسْتَحِقُّ رَبُّ الْمَالِ الشُّفْعَةَ فِي حِصَّةِ الرِّبْحِ لِكَوْنِهِ تَابِعًا فِيهِ.

غاية البيان

في شيءٍ مِن ذلِكَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما تُقسمُ الدَّارُ علىٰ مهرِ مثلِها، وعلىٰ ألفِ درهمٍ، فما أصابَ الألفَ يجبُ الشُّفعةُ»[1].

وجهُ قولِهما: أنَّ العقدَ اشتملَ [٣/١٢٤ظ] علىٰ نكاحٍ وبَيعٍ، فيعتبرُ كلُّ واحدٍ بجنسِه[2]، فتجبُ الشُّفعةُ فيما يُقابِلُ الألفَ؛ لأنَّه بَيعٌ، ولا تجبُ فيما يقابلُ المُتعةَ؛ لأنَّه نكاحٌ، وتعذُّرُ الشُّفعةِ في الصَّداقِ لا يوجبُ التعذُّرَ في البيعِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ تجبُ في المبادلةِ الماليَّةِ لا في غيرِها.

ووجهُ قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المقصودَ مِن هذا العَقدِ هُو النِّكاحُ لا البيعُ، بدليلِ أنَّه ينعقدُ بلفظِ النِّكاحِ، فكانَ ثبوتُ البيعِ تبعًا ضمنًا للنِّكاحِ، ولا شُفعةَ في الأصلِ، فكذا في التَّبعِ؛ لأنَّه لوْ كانَ معْنىٰ البيعِ فيهِ أصلًا مقصودًا؛ [لكانَ][3] نكاحًا في بيعٍ [٧/١٢١و/م]، وكانَ شرطًا فاسدًا، فَسَدَ البيعُ بِه، فإذا كانَ ثُبوتُه ضِمنًا تبعًا؛ كانَ حُكمُه حُكْمَ النِّكاحِ، ولا شُفعةَ في الصَّداقِ، فكذا في البيعِ، ولأنَّ الشُّفعةَ تجبُ في المُبادلةِ الماليَّةِ المقْصودةِ.

ألَا تَرىٰ إلىٰ ما قالَ في «**شرح الكافي**»: «إنَّ المُضاربَ لوْ باعَ دارًا مِن المُضاربةِ، وربُّ المالِ شفيعُها؛ فلا شُفعةَ لَه؛ لأنَّ البيعَ وقَعَ لَه؛ لأنَّ الدَّارَ لَه رقبةً، وللمضاربِ تصرُّفًا، فَمَنْ باعَ أو بِيعَ له؛ لا يستحقُّ الشُّفعةَ، وكانَ يَنبَغي أنْ تَثْبُتَ الشُّفعةُ في قدرِ الرِّبحِ؛ لأنَّ البيعَ لا يقعُ فيهِ لربِّ المالِ، ولكِن الرِّبح في

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٣١٥].
(٢) وقع بالأصل: «بحسبه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَيْها بِإِقْرَارٍ؛ وَجبَتِ الشُّفْعَةُ.

قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي أَكْثَرِ نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ، [١٦٤/ظ] وَالصَّحِيحُ أَوْ يُصَالِحُ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ مَكَانَ قَوْلِهِ أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ بَقِيَ الدَّارَ فِي يَدِهِ فَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَمْ تَزُلْ عَنْ مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِسُكُوتٍ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ بَذَلَ الْمَالَ اِفْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَقَطْعًا لِشَغَبِ خَصْمِهِ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ

غاية البيان

المُضَارَبَة تابعٌ، فمنْ وقَعَ البيعُ له في الأَصْلِ؛ فقَد وقَعَ في التَّابعِ لَه أيضًا.

ولوْ باعَ المضاربُ دارًا مِن غَيرِ المُضاربةِ؛ كانَ لِربِّ المالِ أنْ يأخذَها بالشُّفعةِ بدارٍ له منَ المُضاربةِ، وتكون لَه خاصَّةً؛ لأنَّه جارٌ بدارِ المُضَارَبَةِ، ولوْ باعَ ربُّ المالِ دارًا لَه خاصَّةً والمضاربُ شفيعُها بدارِ المضاربةِ، فإنْ كانَ فيها ربحٌ؛ فلَه أنْ يأخذَها لنفسِه؛ لأنَّه جارٌ بقَدْرِ نَصيبِه، وإن لَم يكُنْ لها ربحٌ؛ لم يأخذْها؛ لأنَّه ليسَ بِجارٍ.

قولُه: (**قَالَ: أَوْ يُصَالِحُ عَلَيْهَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنْ**[1] **صَالَحَ عَلَيْها بِإِقْرَارٍ؛ وَجبَتِ الشُّفْعَةُ**)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصره**»[2].

وهذِه المسألةُ مُختلفةُ الأَلْفاظِ في النُّسخِ، والخطأُ فيها منَ النَّاسخِ. كذا في «**شرح الأقطع**»[3].

قالَ صاحبُ «**الهداية**» ﷺ: (**والصَّحِيحُ: «أَنْ يُصَالِحَ عَنْهَا بِإِنْكَارٍ»، مَكَانَ قَوْلِهِ: «عَلَيْهَا»**)، وذلك لأنَّه إذا صالحَ عليْها يجبُ فيها الشُّفعةُ، سواءٌ كانَ الصُّلحُ بإنكارٍ أوْ إقرارٍ، أو سكوتٍ؛ لأنَّ في زعمِ المُدَّعي أنَّه يأخذُها عِوضًا عَن حقِّه،

(١) وقع بالأصل: «كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٦].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٢٢].

صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنْهَا بِإِقْرَارٍ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِالْمِلْكِ لِلْمُدَّعِي، وَإِنَّمَا اسْتَفَادَهُ بِالصُّلْحِ فَكَانَ مُبَادَلَةً مَالِيَّةً. أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَيْهَا بِإِقْرَارٍ أَوْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ فَيُعَامَلُ بِزَعْمِهِ.

قَالَ: وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ

وكذا المُدَّعىٰ عليْه يُعطيها عِوضًا عَن المالِ الَّذي يدَّعي عليه، فتجبُ الشُّفعةُ؛ لأنَّه مبادلةٌ ماليَّةٌ مقصودةٌ، بخِلافِ ما إذا صالَحَ عنْها بإنكارٍ، حيثُ لا تجبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأنَّ في زعمِ المَصالحِ أنَّ الدَّار مِلْكُه، وإنَّما دفعَ المالَ افتداءً ليمينِه، فلمْ يملكْها بِعِوَضٍ.

وكذا إذا صالَحَ منها بسكوتٍ، فلا تجبُ الشُّفعةُ أيضًا؛ لأنَّا لا نعلمُ أنَّه تَملَّكَها بعوضٍ، لجوازِ أنَّه دفعَ المالَ افتداءً ليمينِه، وقطعًا لشَغَبِ الخَصمِ، فَلا تجبُ الشُّفعةُ بالشَّكِّ، وهذا بخلافِ ما إذا صالحَ عنها بإقرارٍ، حيثُ يجبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بأنَّه ملَكَها بِالمالِ المُصالحِ عليْه.

أَلَا ترىٰ أنَّهم قالوا: لوِ استحقَّ المُصالَحُ عليْه، والصُّلحُ معَ سكوتٍ؛ رجَعَ [١٢١/٧ظ/م] المُدَّعِي بالدَّعوىٰ، ولو كانَ الصُّلحُ معَ إقرارٍ رجعَ بالدَّارِ، فَبَانَ الفرقُ بينَهُما.

قولُه: (إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ)، أيْ: لَم يكُن العِوضُ مِن جنسِ حقِّه، وذلِكَ لأنَّه إذا كانَ العِوضُ من جنسِ حقِّه؛ يكونُ آخذًا عينَ حقِّه، فَلا يَكونُ مُعاوَضةً، فَلا تجبُ الشُّفعةُ، وإنَّما تتحقَّقُ المعاوضةُ إذا أخذَ غيرَ جنسِ حقِّه، فتجبُ الشُّفعةُ.

[١٢٥/٣و] قولُه: (قَالَ: وَلَا شُفْعَةَ فِي هِبَةٍ)، أيْ: قَالَ القُدُورِيُّ ﷺ في

اِبْتِدَاءً وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهِبَةِ، ....

«مختصره»، وتمامُه فيه: «إلَّا أنْ تكُونَ بِعوَضٍ مَشْرُوطٍ»[1]، أي: في العَقدِ.

اعلمْ: أنَّه لا شُفعةَ في الهِبةِ والصَّدقةِ، خِلافًا لابنِ أبي لَيْلى، فعندَه: تجبُ فيهما الشُّفعةُ بقيمةِ المَوْهُوبِ، وذلِك لأنَّه مملوكٌ بغيرِ عِوَضٍ، فلا تجبُ فيه الشُّفعةُ كالمملوكِ بالميراثِ.

وأمَّا الهِبةُ على عِوَضٍ: فإنْ تقابضا، وجبَتِ الشُّفعةُ، وإنْ قبضَ أحدُهما دونَ الآخرِ، فلا شُفْعةَ.

وقالَ زُفَرُ ﷺ: تجبُ الشُّفعةُ بالعقدِ[2]. كذا ذكَر القُدُوريُّ في «شرح مُختصر الكَرْخيِّ» ﷺ، وهذا بناءً على أنَّ الهبةَ بشرطِ العِوَضِ بيعٌ ابتداءً وانتهاءً عند زُفَرَ، وعندَنا: تبرُّعٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً، حتى لا يُجبرَ على التَّسليمِ، ولا يُملكُ قبلَ القبضِ، ولا يصحُّ في المُشاعِ، ولا يثبتُ فيه الشُّفعةُ، فإذا تقابضا الآنَ، تثبتُ أحكامُ البيعِ.

وصورتُه أنْ يقولَ: وهبتُ هذا لَك عَلى أنْ تُعوِّضَني كذا.

وأجْمعوا أنَّه لوْ قالَ: وهبتُ هذا لَك بكذا، أنَّه بيعٌ. كذا في «المُختلف»[3].

وجهُ قولِ زُفَرَ ﷺ: أنَّه نقلُ مِلكٍ بعِوَضٍ، فَلا يُعْتَبرُ اختِلافُ العبارةِ، كقولِه في البيعِ: ملكْتُ وأعطَيْتُ، وإذا كانَ كذلِك تعلَّقتْ بِه الشُّفعةُ، وقولُ الشَّافِعيِّ ﷺ مثلُ قولِ زُفَرَ ﷺ[4]. كذا في «إشارات الأسْرار».

ولَنا: أنَّهما عبَّرا عنِ الهِبةِ دونَ البيعِ، فيجِبُ اعتِبارُ اللَّفظِ ما أمْكَنَ، وقد

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص١٠٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

(٣) ينظر: «مختلف الراواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤١٥/٣].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٣/٤]، «نهاية المطلب في دراية المذهب» [٣٢٠/٧]، «المجموع شرح المهذب» [٣٠٧/١٤].

بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هِبَةٌ مُطْلَقَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ أُثِيبَ مِنْهَا فَامْتَنَعَ الرُّجُوعُ.

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ زَوَالَ المِلْكِ

أمْكَنَ اعتبارُه بالتَّوقيفِ علىٰ حينِ القبضِ والقسمةِ، إذْ ليسَ في اعتِبارِه إخلالٌ بالمعْنىٰ[1] وهوَ البيعُ، فإنَّه يجوزُ أنْ يتوقَّفَ البيعُ علىٰ القبضِ، كَما في البيعِ الفاسدِ، فاعتبرْنا صيغةَ اللَّفظِ ومعْناهُ، وعلىٰ هذا قالَ أصْحابُنا ﷺ: إذا وهبَ نصفَ دارٍ بعوضٍ؛ فلا شُفعةَ فيهِ؛ لأنَّ هبةَ المشاعِ فيما يُقْسَمُ لا تجوزُ، ثمَّ إذا وجَبَتِ الشُّفعةُ في الهبةِ بعدَ التَّقابضِ؛ تجبُ الشُّفعةُ بمِثلِ البَدلِ إن كانَ لَه مِثْلٌ، وإن لَم يكُن لَه مِثْلٌ وجبتْ [بقيمتِه.

وقالَ أهلُ المدينةِ: إذا لم يكُن لَه مِثْلٌ وجَبَتْ][2] بقيمةِ الدَّارِ، وذلِك لأنَّ الشَّفيعَ إنَّما يستَحقُّ المَبيعَ علىٰ الوجهِ الَّذي [٧/١٢٢و/م] استحقَّه المُشْتَرِي[3].

وقولُ أهلِ المدينةِ فاسدٌ؛ لأنَّ مَن اشترىٰ دارًا قيمتُها ألفٌ بعِوضٍ قيمتُه ألفانِ، فلو أوْجبْنا الشُّفعةَ بقيمةِ الدَّارِ؛ استحَقَقْناها علىٰ البائعِ ببدلٍ لم يَرْضَ به، وهذا لا يصحُّ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ العِوَضُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ)، يعْني: لا تَثْبُتُ الشُّفعةُ حينئذٍ أصلًا، لا في المَوْهُوبِ ولا في العِوَضِ؛ لأنَّه هبةٌ ابتداءً وانتهاءً، ولكنَّها لمَّا عُوِّضَتِ امتنَعَ الرُّجوعُ بالحديثِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ

(١) وقع بالأصل: «المعنىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «الجامع لمسائل المدونة» [١٨٣/٢٠]، «التنبيهات المستنبطة علىٰ الكتب المدونة والمختلطة» [١٨٣٥/٣]، «الذخيرة» للقرافي [٣٢٩/٧].

عَنْ الْبَائِعِ فَإِنْ أَسْقَطَ الخَيَارَ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ عَنْ الزَّوَالِ. وَيُشْتَرطُ الطَّلَبُ عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَصِيرُ سَبَبًا لِزَوَالِ الْمِلْكِ عِنْدَ ذَلِكَ.

غاية البيان

في «مختصره»[1]، وتمامُه فيه: «فإن أسقطَ الخيارَ؛ وجبتِ الشُّفعةُ، وإنِ اشْترىٰ بشرطِ الخيارِ؛ وجبتِ الشُّفعةُ».

فأمَّا البيعُ المشْروطُ فيهِ الخيارُ لِلبائعِ: فَلا شُفْعةَ فيهِ؛ لأنَّ خيارَ البائعِ يمْنَعُ مِن خروجِ الشَّيءِ مِن مِلْكِه، والشُّفعةُ تجِبُ بخُروجِ الشَّيءِ مِن مِلْكِ البائِعِ، ولأنَّ البائعَ لَم يَزُلْ مِلْكُه عمَّا باعَ، فصارَ كالإيجابِ بِلا قبولٍ، فإن أسقطَ البائعُ خيارَه؛ وجبتِ الشُّفعةُ؛ لأنَّ المِلْكَ وقعَ بِالعقدِ، فوجبتِ الشُّفعةُ، ولأنَّ المانِعَ مِن وجوبِها إنَّما كانَ أنَّ البائِعَ لَم يرغَبْ عَن مِلْكِه [٣/١٢٥ظ]، فإذا سَقَطَ خيارُه؛ فقدْ زالَ هذا المعْنىٰ.

وأمَّا الخيارُ المشْروطُ لِلمُشْتَرِي: فَلا يمْنَعُ مِن ثبوتِ الشُّفعةِ؛ لأنَّ المَبيعَ خرجَ مِن مِلْكِ البائِعِ بالاتِّفاقِ، وإنَّما اختلفَ أصْحابُنا، هَل دخلَ في ملكِ المُشْتَرِي أوْ لَم يدخُلْ؟

والشُّفعةُ إنَّما تجبُ برغبةِ البائِعِ عَن مِلْكِه، بدلالةِ أنَّه لوِ ادَّعىٰ أنَّه باعَ دارَه مِن زيدٍ، فجحدَ زيدٌ ذلِكَ؛ وجبتِ الشُّفعةُ لأجلِ اعْتِرافِه بخروجِ الشَّيءِ عَن مِلْكِه، وإن لمْ يحكمْ بدخولِه في مِلْكِ المُشْتَرِي.

وأمَّا خيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ: فَلا يمْنَعُ الشُّفعةَ؛ لأنَّه لا يمْنَعُ مِن خُروجِ المَبيعِ مِن مِلْكِ البائعِ، وهذا المعْنىٰ هوَ سببُ الشُّفعةِ[2]. كذا ذَكرَ القُدُوريُّ في شرحِه

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٧].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٧/ داماد].

وَإِنْ اشْتَرَىٰ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَجَبَ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنْ الْبَائِعِ بِالِاتِّفَاقِ ، وَالشُّفْعَةُ تُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ ، ....

لـ«مُختصر الكَرْخِيِّ» ﷺ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «شرْح الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ كانَ البيعُ بشرطِ الخيارِ لهُما جميعًا ؛ فلا شُفْعةَ فيها لأجْلِ خيارِ البائِع ، ولوْ شَرَطَ البائعُ الخيارَ للشَّفيعِ ؛ فَلا شُفعةَ لَه فيها ؛ لأنَّه لمَّا شَرَطَ الخيارَ للشَّفيعِ ؛ صارَ كأنّه شرَطَ الخيارَ لنفسِه . فإن أجازَ الشَّفيعُ البيعَ جازَ وبطلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ البيعَ مِن جهةِ الشَّفيعِ قَد تمَّ ، فصارَ كأنَّه باعَ ، وإنْ فسَخَ فلا شُفْعةَ لَه أيضًا ؛ لأنَّ مِلْكَ البائِعِ لَم يَزُلْ ، ولكِنْ الحِيلةَ لَه في ذلِك ألَّا يُجِيزَ ، ولا يفْسخ حتّىٰ يُجيز البائعُ البيعَ ، أو يجوزُ بمُضِيِّ المدَّةِ ، فحينئذٍ له الشُّفعةُ .

وكذلِك لوْ باعَ دارَه على أنْ يَضْمَنَ لَه الشَّفيعُ الثَّمنَ عَن المُشْتَرِي [٧/١٢٢ظ/م] ، والشَّفيعُ حاضرٌ فضمنَ ؛ جازَ البيعُ ولا شُفْعةَ له ؛ لأنَّ البيعَ مِن جهةِ الشَّفيعِ قَد تمَّ ، ولا شُفعةَ لَه ، وكذلِكَ لَو اشترىٰ المُشْتَرِي الدَّارَ علىٰ أنْ يضمنَ لَه الشَّفيعُ الدَّركَ عَن البائِعِ ، والشَّفيعُ حاضرٌ فضمنَ ؛ جازَ البيعُ ، ولا شُفْعةَ لَه ؛ لأنَّ البيعَ تمَّ بضمانِه ، فلا شُفْعةَ لَه ؛ لأنَّه نزلَ منزلةَ البائِعِ .

ولوْ أنَّ المُشْتَرِي اشترىٰ دارًا ، وشَرَطَ الخيارَ للشَّفيعِ ثلاثةَ أيَّامٍ ؛ كانَ لِلشَّفيعِ الشُّفعةُ ؛ لأنَّ اشتراطَ الخيارِ لَه كاشْتراطِه للمُشْتَرِي ، وذلِك لا يمنعُ وجوبَ الشُّفعةِ»[1].

قولُه: (تُبْتَنَىٰ علَيْهِ) ، أيْ: علىٰ زوالِ المِلْكِ عَن البائِعِ .

قولُه: (علَىٰ ما مَرَّ) ، أيْ: في أوائِلِ كتابِ الشُّفعةِ ، أشارَ بِهِ إلىٰ قولِه: (وَالوَجْهُ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/٢٧٩ ، ٢٨٠] .

وَإِذَا أَخَذَهَا فِي الثُّلُثِ وَجَبَ البَيْعُ لِعَجْزِ الْمُشْتَرِي عَنْ الرَّدِّ، وَلَا خِيَارَ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الشَّفِيعِ.

وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ إِلَىٰ جَنْبِهَا وَالْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا الْبَائِعُ فَظَاهِرٌ لِبَقَاءِ مُلْكِهِ فِي الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ فَلَا نُعِيدُهُ، وَإِذَا أَخَذَهَا كَانَ إِجَازَةً مِنْهُ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اِشْتَرَاهَا وَلَمْ يَرَهَا حَيْثُ لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ بِأَخْذِ مَا بِيعَ بِجَنْبِهَا بِالشُّفْعَةِ،

غاية البيان

فِيهِ: أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا رَغِبَ البَائِعُ عَنْ مِلْكِ الدَّارِ)... إلىٰ آخره.

قولُه: (وَإِذَا أَخَذَهَا)، أيْ: إذا أخذَ الشَّفيعُ الدَّارَ في الثَّلاثِ. أيْ في مدَّةِ الخيارِ الَّتي هِيَ الثَّلاثُ، وقيدَ بالثَّلاثِ؛ لتكونَ المسألةُ علىٰ الاتِّفاقِ.

قولُه: (وَجَبَ البَيْعُ)، أيْ: تقرَّرَ وتحقَّقَ البيعُ الَّذي جرىٰ بينَ البائعِ والمُشْتَرِي بشرطِ الخيارِ، وإنَّما ذكرَ هذا لأنَّ المُشْتَرِيَ بخيارِ الشَّرطِ لوْ ردَّ المَبيعَ قبلَ طلبِ الشَّفيعِ الشُّفعةَ؛ لا يجبُ البيعُ، بَل ينفسخُ مِن الأصْلِ، فَلا يكونُ للشَّفيعِ الشُّفعةُ.

قولُه: (وَفِيهِ إِشْكَالٌ أَوْضَحْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ)، أيْ: في بابِ خيار الشَّرطِ.

بيانُ الإشْكالِ: أنَّه كانَ ينبغي ألَّا تجبَ الشُّفعةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ للمُشْتَرِي؛ لأنَّ خيارَه مانعٌ لمِلكِ المَبيعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، فكيفَ تجبُ لَه الشُّفعةُ في دارٍ بِيعَتْ بجنبِها.

وحَلُّ الإشكالِ أنْ يقالَ: إنَّ طلبَ الشُّفعةِ دليلٌ علىٰ استدامةِ المِلْكِ في الدَّارِ المُشتراةِ بالخيارِ؛ لأنَّ ثبوتَ الشُّفعةِ لدفعِ ضررِ الجِوارِ، وهذا إنَّما يكونُ إذا كانَ لَه مِلْكٌ في الدَّارِ المشْتراةِ [٣/١٢٦و] بالخيارِ، فدلَّ طلبُ الشُّفعةِ علىٰ اختيارِ المِلْكِ فيها، فسقطَ الخيارُ، فثبتَ المِلْكُ لَه مِن وقتِ الشِّراءِ سابقًا علىٰ العقْدِ الَّذي وقعَ

لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ [١٦٥/و] لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الإِبْطَالِ فَكَيْفَ بِدَلَالَتِهِ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَىٰ؛ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ؛ لِانْعِدَامِ مِلْكِهِ فِي الأُولَىٰ حِينَ بِيعَتْ الثَّانِيَةُ.

قَالَ: وَمَنِ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا؛ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا أَمَّا قَبْلَ الْقَبْضِ فَلِعَدَمِ

غاية البيان

في الدَّارِ المَبيعةِ بجنبِها، فثبتتِ الشُّفعةُ، وقَد مرَّ بيانُه في بابِ خيارِ الشَّرطِ.

قولُه: (لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الإِبْطَالِ)، يعْني: لوْ قالَ أبطلتُ خيارَ الرُّؤيةِ؛ لا يَبْطُلُ قبلَ وجودِ الرُّؤيةِ؛ لأنَّ ثبوتَه موقوفٌ علىٰ وجودِ الرُّؤيةِ، وكذلِكَ لا يَبْطُلُ بِدلالةِ الإبطالِ، وهيَ أخْذُ ما بِيعَ بجَنْبِها؛ لأنَّ الأخْذَ بالشُّفعةِ يدلُّ علىٰ اختيارِه لتبقيةِ المَبيعِ عَلىٰ مِلْكِه، وقد مرَّ تمامُ البيانِ في باب خيار الشَّرطِ.

قولُه: (ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَفِيعُ الدَّارِ الأُولَىٰ؛ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا دُونَ الثَّانِيَةِ)، يعْني: إذا اشْترىٰ دارًا بشرطِ الخيارِ [١٢٣/٧و/م] ولَها شفيعٌ، ثمَّ بيعتْ دارٌ أُخرىٰ بجنبِها، ثمَّ حضَرَ الشَّفيعُ؛ فلَه أنْ يَأخُذَ الدَّارَ الأُولىٰ بالشُّفعةِ دونَ الثَّانيةِ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ لَه الشُّفعةُ في الثَّانيةِ بسبَبِ الجوارِ بالدَّارِ الأولىٰ، ولَم يكُن لَه جوارٌ بالدَّارِ الأولىٰ حينَ بِيعَتِ الثَّانيةُ؛ لأنَّه ما كانَ يملكُها حينئذٍ، وإنَّما حدَثَ لَه جوارٌ بعدَ ذلِك، وإنَّما يأخذُ الأُولىٰ فحسْب؛ لأَنه كانَ جارَها حينَ بيعَت إلَّا إذا كانَ لَه دارٌ أخرىٰ بجنبِ الدَّارِ الثَّانيةِ، فحينَئذٍ يأخذُ الدَّارَيْنِ جميعًا بالشُّفعةِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ابْتَاعَ دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا؛ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، [وتمامُه فيهِ: «فإن سَقَطَ الفسخُ؛ وجبتِ الشُّفعةُ»[1].

قالَ الكَرْخِيُّ في «مختصره»][2]: «ولا شُفعةَ في البيعِ إذا كانَ فاسدًا، كانَ

(١) ينظر: المصدر السابق [ص١٠٧ ـ ١٠٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج».

زَوَالِ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِاحْتِمَالِ الْفَسْخِ، وَحَقُّ الْفَسْخِ ثَابِتٌ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ[1] الْفَسَادِ، وَفِي إِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ فَلَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَخَصَّ بِهِ تَصَرُّفًا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَمْنُوعٌ عَنْهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

ممَّا يملكُ بالقبضِ أوْ لا يملكُ ما دامَ حقُّ البائِعِ في النَّقضِ قائمًا فيما يملكُ منهُ، وذلِك لأنَّ المَبيعَ الفاسدَ إذا كانَ ممَّا لا يملكُ بِالقبضِ؛ فالمِلكُ لَم ينتقِلْ بِالبيعِ، وهذا المعْنىٰ يمْنَعُ مِن وجوبِ الشُّفعةِ في البيعِ الصَّحيحِ، فَفي الفاسِدِ أوْلىٰ.

وأمَّا إذا كانَ ممَّا يملكُ بِالقبضِ: فحقُّ الفسخِ فيهِ مستحِقٌّ لحقِّ اللهِ تعالىٰ، وفي إيجابِ الشُّفعةِ إسقاطٌ للفسخِ، وتقْريرٌ للبيعِ[2]، وهذا لا يجوزُ».

قالَ الكَرْخِيُّ ﵀: «فإن سَقَطَ حقُّ البائعِ في النَّقضِ؛ كانَ للشَّفيعِ أنْ يأخُذ ما ملكَ بقيمتِه يومَ القبضِ، وذلِكَ لأنَّ البيعَ الفاسدَ عندَنا يملكُ المَبيع فيه بالقبضِ، وإنَّما لمْ تجِب الشُّفعةُ لثبوتِ حقِّ الفسخِ، فإذا سَقَطَ الفسخُ، إمَّا لاتِّصالِ المَبيعِ بزيادةٍ، أوْ لزوالِ مِلْكِ المُشْتَري، فقَد زالَ المعْنىٰ المانعُ مِن وجوبِ الشُّفعةِ، فوجبَتِ الشُّفعةُ كالبيعِ المشْروطِ فيهِ الخيارُ للبائعِ إذا سَقَطَ خيارُه، وإنَّما وجبَتِ الشُّفعةُ بِالقيمةِ؛ لأنَّ البيعَ الفاسِدَ لا يجبُ فيه المسمَّىٰ، وإنَّما يُملَكُ بِالقيمةِ، والشُّفعةُ تجِبُ بمِثلِ العِوضِ الَّذي لزِمَ المُشْتَري»[3].

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ)، يعْني: أنَّ البيعَ الفاسدَ في معْنىٰ بيعٍ فيهِ خيارٌ للبائعِ؛ لأنَّه لم ينقطِعْ حقُّ البائِعِ بعدُ، فَلا تجبُ الشُّفعةُ، بخِلافِ خيارِ المُشْتَري في البيعِ الصَّحيحِ، حيثُ تجبُ الشُّفعةُ؛ لأنَّ

(١) في حاشية الأصل: «خ: لرفع».
(٢) وقع بالأصل: «للمبيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٧/ داماد].

قَالَ: فَإِنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسْخِ وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِزَوَالِ المَانِعِ، وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا، وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَى

المُشْتَرِيَ بِالخيارِ لَه ولايةُ التَّصرُّفِ في المَبيعِ، بخِلافِ المُشْتَرِي بالشِّراءِ الفاسدِ، فإنَّه ممنوعٌ عن التَّصرُّفِ، وفي هذا الفرقِ نظرٌ عندي؛ لأنَّ لقائلٍ أنْ يقولَ: لا نُسلِّمُ أنَّ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا ممنوعٌ عنِ التَّصرُّف، [٣/١٢٦ظ] ولهذا إذا باعَ بيعًا صحيحًا لا يكونُ لبائعِه حقُّ النَّقضِ.

قولُه: (**وَإِنْ بِيعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا، وَهِيَ فِي يَدِ البَائِعِ بَعْدُ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ**)... إلىٰ آخرِه، ذكرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ [٧/١٢٣ظ/م] شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «**شرْح الكافي**»: فإن كانَ المُشْتَرِي قَد قبضَها، فبيعَت دارٌ بجنبِها؛ فَلِلمُشْتَرِي أنْ يَأخُذَها بالشُّفعةِ؛ لأنَّه قَد ملَكَ الدَّارَ بِالقبضِ، فصارَ جارًا عندَ وقوعِ البيعِ، فإن قضىٰ القاضي لَه بالشُّفعةِ، ثمَّ رُدَّتِ الدَّارُ لِفسادِ البيعِ؛ لَم تبطُلْ شُفْعَتُه؛ لأَنَّ القضاءَ قَد صحَّ، فلا يبطلُ بزوالِ المِلْكِ في دارِه؛ لأنَّ بقاءَ الجوارِ ليسَ بشرْطٍ لبقاءِ الاستِحْقاقِ، وإن لَم يأخذْها حتَّىٰ ردَّ الدَّارَ بطلَتْ شُفعتُه؛ لأنَّ قيامَ الجوارِ عندَ القضاءِ بِالاستِحْقاقِ شرطٌ، ولم يوجَدْ، ولا شُفعةَ للبائِعِ فيها أيضًا؛ لأنَّ جوارَه حادثٌ بعدَ البيعِ.

وقالَ أيضًا: وإذا اشْترىٰ دارًا شراءً فاسدًا، فقبَضَها وبناها، فإنَّ للبائِعِ قيمتَها، فإذا جاءَ الشَّفيعُ أخذَها بالشُّفعةِ في قياسِ قَولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، ويهدمُ المُشْتَرِي بناءَه.

وقالَ أبو يوسُف ومُحَمَّدٌ ﷺ: يردُّ الدَّارَ عَلىٰ البائِعِ، ويهدمُ المُشْتَرِي بناءَه، ولا شُفعةَ فيها.

أصْلُ المسْألةِ: أنَّ المُشْتَرِي شراءً فاسدًا إذا بنىٰ في الدَّارِ بناءً؛ ينقطعُ حقُّ

الْمُشْتَرِي فَهُوَ شَفِيعُهَا؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ، ثُمَّ إِنْ أَسْلَمَ البَائِعُ قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ كَمَا إِذَا بَاعَ، ....

غاية البيان

الاسْتردادِ عِندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، ومَتىٰ انقطعَ لزمَ البيعُ، فيظهرُ لِلشَّفيعِ الشُّفعةُ؛ لأنَّ المانِعَ مِن ثبوتِ حقِّ الشُّفعةِ قيامُ حقِّ الاسْتردادِ لِلبائِعِ، وقَد بطلَ.

وعندَهُما: لا ينقطعُ حقُّ الاسْتردادِ، فلا يثبتُ لِلشَّفيعِ حقُّ الشُّفعةِ، فيكونُ لِلشَّفيعِ أَن يأمرَ المُشتري بهدْمِ البِناءِ؛ لأنَّه لوْ بناهُ في البيعِ الصَّحيحِ؛ يكونُ لَه حقُّ النَّقضِ، فإذا بناهُ في البيعِ الفاسِدِ أوْلىٰ[1].

ولا يلزمُ أنَّ حقَّ البائعِ إنَّما انقطعَ لأجْلِ البناءِ، ومَتىٰ يهدم البناء ظهرَ حقُّه، ومتىٰ ظهرَ حقُّه تبيَّنَ أنَّه لا شُفعةَ؛ لأنَّه إنَّما يظهرُ حقُّه إذا لم يتعلَّقْ بِه حقُّ الغيرِ، وقد تعلَّقَ حقُّ الغيرِ بِه، فصارَ بمنزلةِ البيعِ مِن غيرِه، وإن لم يَبْنِ فيها ولكنَّه باعَ بيعًا صحيحًا؛ فللشَّفيعِ الشُّفعةُ فيها، إن شاءَ أخذَها بالبيعِ الثَّاني بالثَّمنِ، وإن شاءَ أخذَها بالبيعِ الأوَّلِ بالقيمةِ؛ لأنَّ حقَّه في البيعِ الفاسدِ إنَّما لا يثبتُ لحقِّ البائعِ، وقَد بطلَ حقُّ البائِعِ بالبيعِ[2] مِن غيرِه، فصارَ حقُّ الشَّفيعِ ثابتًا بالعَقدينِ جَميعًا، وإن اشتراها شراءً فاسدًا، ولَم يقبضْها حتَّىٰ بيعَت دارٌ بجنبِها؛ كانَ للبائعِ أنْ يأخُذَ الدَّارَ بِالشُّفعةِ؛ لأنَّ مِلكَه لَم يَزُلْ بعدُ. كذا في «**شرح الكافي**».

قولُه: (ثُمَّ إِنْ أَسْلَمَ البَائِعُ قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ)، أيْ: إنْ أسلَمَ البائعُ الدَّارَ المَبيعةَ بالبيعِ الفاسِدِ إلىٰ المُشْتَرِي قبلَ حُكمِ القاضي بالشُّفعةِ [لِلبائِعِ][3] بطلَتْ شُفعةُ البائعِ.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٧٦/٣]، «المبسوط» للسرخسي [١٥٧/١٤]، «المحيط البرهاني» [٣٢٢/٧]، «الإيضاح» للكرماني [ق/١٦٥].

(٢) وقع بالأصل: «بالمبيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج».

بِخِلافِ مَا إِذَا سَلَّمَ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَتَبْقَى الْمَأْخُوذَةُ بِالشُّفْعَةِ عَلَىٰ مِلْكِهِ.

وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا البَائِعُ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ؛ بَطَلَتْ لِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنْ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا قَبْلَ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ اِسْتَرَدَّهَا بَعْدَ الْحُكْمِ **بَقِيَتِ الثَّانِيَةُ عَلَىٰ مِلْكِهِ لِمَا بَيَّنَا.**

قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَىٰ الْإِفْرَازِ وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهَا الْجَبْرُ؛ وَالشُّفْعَةُ مَا شُرِعَتْ إِلَّا فِي الْمُبَادَلَةِ الْمُطْلَقَةِ.

غاية البيان

قولُه: (بَعْدَهُ)، أيْ: بعدَ الحُكمِ بِالشُّفعةِ لِلبائعِ.

قولُه: (وَإِنِ اسْتَرَدَّهَا [٧/١٢٤و/م] **البَائِعُ مِنَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَهُ؛ بَطَلَتْ)**. أيْ: قبلَ حكمِ القاضي بالشُّفعةِ لِلمُشْتَرِي؛ بطلَتْ شُفْعةُ المُشْتَرِي.

قولُه: (بَقِيَتِ الثَّانِيَةُ عَلَىٰ مِلْكِهِ)، أي: الدَّارُ الثَّانيةُ، وهِي الَّتي أخذَها المُشْتَرِي بالشُّفعةِ، والضَّميرُ في (مِلْكِهِ)، راجعٌ إلى المُشْتَرِي.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلى قولِه [٣/١٢٧و]: **(لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ فِي الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا بَعْدَ الحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ)**.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الشُّرَكَاءُ العَقَارَ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِجَارِهِمْ بِالقِسْمَةِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «**مختصره**»[1]، وذلِك لأنَّ القسمةَ فيها معْنى الإفرازِ، وهيَ تَمييزُ الحقوقِ، وتعديلُ الأنْصباءِ، ولهذا يجْري فيهِ جبرُ القاضي، وفيها معنى المُبادلةِ أيضًا، والشُّفعةُ ثبتتْ بخِلافِ القياسِ في المبادلةِ المُطلقةِ، وهيَ المُبادلةُ مِن كلِّ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٩].

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ دَارًا، فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ عَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ كُلِّ

غاية البيان

وجهٍ، فيقتصرُ علىٰ مَوْرِدِ النصِّ، فلا يَثْبُتُ في غيرِها، ولأنَّه لوْ وجَبَتِ الشُّفعةُ؛ وجبتْ للمقاسمِ؛ لأنَّه شريكٌ، والشَّريكُ أَوْلَىٰ مِن الجارِ، ولا يجوزُ أنْ يُقدَّمَ الجارُ علىٰ الشَّريكِ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ دَارًا، فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ عَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ**)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[١].

قالَ أَبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ: «إذا اشْترىٰ رَجُلٌ مِن رَجُلٍ دارًا، فسلَّمَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثمَّ ردَّ المُشْتَرِي الدَّارَ بخِيارِ رؤيةٍ، أو بِخيارِ شرطٍ قَبلَ قبضِ الدَّارِ أوْ بعدَ ذلِك، فأراد الشَّفيعُ أنْ يأخُذ الدَّارَ بالرَّدِّ بالشُّفعةِ؛ فليسَ لَه ذلِك، وإن ردَّها بعيبٍ قبلَ القبضِ بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ؛ كانَ كذلِك، وإن ردَّها بعيبٍ بعدَ القبضِ بغيرِ قضاءٍ؛ أخَذها بهذا الرَّدِّ، وإن كانَ بقضاءٍ؛ فلا شُفعةَ له في الرَّدِّ».

وجملةُ هذا: ما ذكَرَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه»: «أنَّ الشَّفيعَ إذا سلَّمَ الشُّفعةَ، ثمَّ عادَ المَبيعُ إلىٰ البائعِ علىٰ حُكمِ المِلْكِ الأوَّلِ؛ فَلا شُفعةَ لَه بالعَودِ؛ لأنَّه أسقطَ شُفْعَتَه عَن ذلِكَ المِلْكِ، ولا يعودُ إلَّا بعودِ سببٍ آخَر، وكلُّ موضعٍ عادَ إلىٰ البائعِ بحُكمِ مِلكٍ مُبتدإٍ؛ كانَ للشَّفيعِ الشُّفعةُ كَما لوِ اشْتراها والرَّدُّ بخيارِ الرُّؤيةِ، والشَّرط يوجبُ عودَ المِلْك الأوَّلِ، وكذلكَ الرَّدُّ بالعَيبِ قبلَ القبضِ؛ لأنَّه فسخٌ مِن الأصْلِ.

وأمَّا الرَّدُّ بالعيبِ بعدَ[٢] **القبضِ:** فيختلفُ فيهِ القضاءُ وغيرُ القضاءِ، فإن كانَ

(١) ينظر: المصدر السابق [ص١٠٩].

(٢) وقع بالأصل: «قبل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَجْهٍ فَعَادَ إِلَىٰ قَدِيمِ مِلْكِهُ، وَالشُّفْعَةُ فِي إِنْشَاءِ الْعَقْدِ، ولَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ الْقَبْضِ وَعَدَمِهِ.

قَالَ: وَإِنْ رَدَّهَا بِعَيْبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ أَوْ تَقَايَلَا البَيْعَ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ فِي حَقِّهِمَا لِوِلَايَتِهِمَا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا وَقَدْ قَصَدَا الْفَسْخَ وَهُوَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِوُجُودِ حَدِّ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي وَالشَّفِيعِ ثَالِثٌ، وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنْ قَبْلَهُ فَسْخٌ مِنْ الْأَصْلِ [١٦٥/ظ] وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

غاية البيان

بقضاءِ قاضٍ؛ فَلا شُفعةَ فيهِ؛ لأنَّه انفسخَ العقدُ مِن أصْلِه، وعادَ عَلىٰ حكمِ المِلْكِ الأوَّلِ، وإن ردَّها بغيرِ قضاءٍ؛ ففيهِ الشُّفعةُ؛ لأنَّ الشَّيءَ عادَ إلىٰ مِلْكِه بقبولِه ورِضاهُ؛ فصارَ كشراءٍ مبتدأ فتعلَّقتْ بِه الشُّفعةُ»[١].

قولُه: (لَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ القَبْضِ وَعَدَمِهِ)، أي: لا فرْقَ في الرَّدِّ بعيبٍ إذا كانَ بقضاءِ القاضي بينَ القبضِ وعدمِه، حيثُ لا تجِبُ الشُّفعةُ في الوجهينِ؛ لأنَّه فسخٌ منَ الأصْلِ، وأمَّا الرَّدُّ [٧/١٢٤ظ/م] بعيبٍ بعدَ القبضِ إذا لم يكُن بقضاءٍ؛ ففيهِ الشُّفعةُ، وإن كانَ بِقضاءٍ فَلا.

قولُه: (وَمُرَادُهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ)، أيْ: مُرادُ القُدُورِيِّ ﷺ في قولِه: «أَوْ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلَا شُفْعَةَ»[٢]؛ لأنَّه قبلَ القبضِ لا يحتاجُ إلىٰ قضاءِ القاضي؛ لكونِه فسخًا من الأصلِ، وكذلِكَ لا يحتاجُ إلىٰ رِضىٰ صاحبِه أيضًا، بَل يتفرَّدُ بِردِّه بغيرِ رِضاهُ، والإقالةُ فسخٌ في حقِّ العاقدَيْنِ؛ لأنَّهُما قصَدا ذلِكَ ولهُما ولايةٌ عَلىٰ أنفُسِهما، بيعٌ في حقِّ غيرِهما؛ لوجودِ حقيقةِ البيعِ، وهيَ المُبادلةُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٨٧/ داماد].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٩].

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ، ....

﴿ غاية البيان ﴾

بالتَّراضي، والشَّفيع غيرهما، فوجبَتِ الشُّفعةُ.

قولُه: (وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَلَا شُفْعَةَ فِي قِسْمَةٍ، وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ).

وإنَّما ذكرَ مسألةَ «**الجامع الصَّغير**»[1]؛ لأنَّ في [٣/١٢٧ظ] قوله: (**وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ**) اختلاف الرِّوايتينِ، ففي كلٍّ منهما فائدةٌ.

يُرْوَىٰ بكسرِ الراءِ عطفًا علىٰ القسمةِ، أيْ: لا شُفْعَةَ في الرَّدِّ بخيارِ الرُّؤيةِ، كما لا شُفْعَةَ في القسمةِ.

ويُرْوَىٰ بفتحِ الرَّاءِ وضَمِّها عطفًا علىٰ الشُّفعةِ عَلىٰ اللَّفظِ وعَلىٰ المحلِّ.

أمَّا رِوايةُ الكَسرِ: فظاهرٌ، حيثُ لا تَثْبُتُ الشُّفعةُ في خيارِ الرُّؤيةِ؛ لأنَّه فسْخٌ مِن الأصْلِ.

والرِّوايةُ الأُخرىٰ: أثبتَها الفقيهُ أبو اللَّيثِ السَّمَرْقَنديُّ ﷺ في «**شرح الجامع الصَّغير**» فقالَ: معْناهُ: لا شُفعةَ في قِسمةٍ، ولا خيارَ رؤيةٍ في القِسمةِ أيضًا، وإنَّما لَم يجِب في القسمةِ خيارُ رؤيةٍ؛ لأنَّهُ لا فائدةَ في ردِّه؛ لأنَّه لوْ ردَّه كانَ لَه أنْ يطلبَ القسمةَ مِن ساعتِه، فَلا يكونُ في الرَّدِّ فائدةٌ.

وأنكرَ هذِه الرِّوايةَ فخرُ الإسْلامِ البَزْدَوِيُّ ومَن تَبِعَه، كالصَّدْرِ الشَّهيدِ[2] وصاحِبِ «**الهِداية**» ﷺ، فقالَ فخرُ الإسْلامِ: «مُحَمَّدٌ، عن يَعْقُوبَ، عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ قالَ: لا شُفْعَةَ في قسمةٍ، ولا خيار رؤيةٍ»[3].

أما الشُّفعةُ في القِسمةِ: فلأنَّ القسمةَ ليستْ ببيعٍ محضٍ، بَل فيهِ مَعنىٰ الإفرازِ،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٣٦٢].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٣٨].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٨٨] مخطوط مكتبة جار الله.

وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَهُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ، ومَعْنَاهُ: لَا شُفْعَةَ بِسَبَبِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا يَصِحُّ الرِّوَايَةُ بِالْفَتْحِ عَطْفًا عَلَى الشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ مَحْفُوظَةٌ فِي

غاية البيان

أَلَا تَرىٰ أنَّ الممتنعَ عنها يُجبرُ عليْها، ولا خلافَ أنَّ في القسمةِ معْنىٰ الإفرازِ، والشُّفعةُ إنَّما شُرعَت في البيعِ، فلا يصحُّ إثباتُها في الَّذي يخالفُه، كما لم تجِب في مُعاوَضةِ مالٍ بغيرِ مالٍ، ولأنَّ كلَّ قسم شريك، فيكونُ مقدَّمًا علىٰ الجارِ.

وأمَّا قولُه: (وَلَا خِيَارِ رُؤْيَةٍ)، فإن كانتِ الرِّوايةُ بكسرِ الراءِ؛ فإنَّ معناهُ: ألَّا شُفعةَ في الرَّدِّ بخيار الرُّؤيةِ.

وتفسيرُه: رَجُلٌ اشترىٰ دارًا لَم يَرَها، ولها شفيعٌ، فأبطلَ شُفْعَتَه، ثمَّ ردَّها المُشْتَرِي بخيارِ الرُّؤيةِ؛ لَم تتجدَّدْ شفعةُ الشَّفيعِ؛ لأنَّ هذا فسخٌ يثبتُ شاءَ البائعُ أوْ أبىٰ، فلا يثبتُ لَه شَبَهٌ بالعقدِ، بخِلافِ الإقالةِ.

وإن كانتِ الرِّوايةُ بفتحِ الراءِ، كان معناهُ: ألَّا يثبت خيارُ الرُّؤيةِ في القسمةِ، وذلكَ غيرُ صحيحٍ [١٢٥/٧و/م]، بلِ الصَّحيحُ [المنقولُ][1] في كتاب القِسمةِ: أنْ يثبتَ خيارُ الرُّؤيةِ في القسْمةِ، وخيارُ الشَّرط يثبتُ في ذلِك بِلا إشكالٍ، كلُّ ذلِك في كتاب القسْمة؛ لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ إنَّما يثبتُ لخللٍ في الرِّضىٰ فيما يتعلَّقُ لزومه بالرِّضىٰ، وقد وُجِدَ ذلِكَ في القِسمةِ.

وحمَلَ الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «شرح الجامع الصَّغير»: روايةَ الفتحِ علىٰ ما إذا كانتِ التَّركةُ مَكيلًا، أوْ موزونًا مِن جنسٍ واحدٍ، فاقْتسموا؛ لا يثبتُ خيارُ الرُّؤيةِ؛ لأنَّه لو ردَّ القسمةَ بخِيارِ الرُّؤيةِ يحتاجُ إلىٰ القسمةِ مرَّةً أخرىٰ، فيقعُ في نصيبِه عينُ ما وقعَ في المرَّةِ الأولىٰ أو مثلُه، فلا يفيدُ[2] خيارُ الرُّؤيةِ، أمَّا

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «المنصوص».

(٢) وقع بالأصل: «ينبذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي الْقِسْمَةِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ لأَنَّهُما يثبتان لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ لُزُومُهُ بِالرِّضَا، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْقِسْمَةِ.

غاية البيان

لو كانَت عقارًا أو شيئًا آخرَ يفيدُ خيارُ الرُّؤيةِ؛ لأنَّه لوْ ردَّ بخيارِ الرُّؤيةِ، فإذا اقتسموا ثانيًا ربَّما يقعُ في نصيبِه الطَّرفُ الآخرُ الَّذي يُوافقُه، فيكونُ مفيدًا[1].

قولُه: (لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ)، أيْ: لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ وخيارَ الشَّرطِ يثبتانِ.

واللهُ تَعالى أعلَمُ بِالصَّوابِ وإليْه المَرجعُ والمآبُ.

---

(١) ينظر «شرح الجامع الصغير» للأسبيجابي [ق/٢٢٩]

بَابُ
مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

قَالَ: وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ بِالبَيْعِ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ؛ لِإِعْرَاضِهِ عَنْ الطَّلَبِ وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْإِعْرَاضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ وَهِيَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ.

﴿ غاية البيان ﴾

بَابُ
مَا يَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ

لمَّا كانَ بطلانُ الشَّيءِ يقْتضي سابقةَ وجودِ ذلِك الشَّيءِ وثبوتِه: ذَكَرَ ما يبطلُ بِه الشُّفعةُ بعدما ذَكَرَ ما يَثْبُتُ بِه الشُّفعةُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَرَكَ الشَّفِيعُ الإِشْهَادَ حِينَ عَلِمَ [٣/١٢٨و] بِالبَيْعِ[1]، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «وكذلِكَ إِن أشهدَ في المجلسِ، ولَم يشهدْ على أحدِ المُتَعَاقِدينِ ولا عندَ العَقَارِ»[2]، وقَد مرَّ بيانُ ذلِكَ في باب طلَب الشُّفعةِ.

فأمَّا قولُه: (إِذَا تَرَكَ وَهُوَ يَقْدِرُ)، فهوَ صحيحٌ؛ لأنَّ الزَّمانَ الَّذي لا يقدرُ فيهِ على الإشهادِ لا يُعتبرُ بِه[3]؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تبطلُ بتركِ الإشهادِ؛ لأنَّه يدلُّ على الإعْراضِ، فأمَّا إذا كانَ هُناكَ موانعُ؛ فالظَّاهرُ أنَّه تَركَ الإشهادَ لا للإعراضِ، فَلا يسْقُطُ حقُّه، كما إِذا اشْترىٰ دارًا والشَّفيعُ في بلدٍ آخرَ، وبينَهُما قومٌ يُحاربونَ، وهُو لا يقدرُ علىٰ بعثِ الوكيلِ؛ كانَ علىٰ شُفْعَتِه، وكذا لوْ كانَ بينَهما نهرٌ مَخُوفٌ، أو

---

(١) وقع بالأصل: «البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٧].

(٣) وقع بالأصل: «يُعتبر فيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: وكذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى أَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَلَا عِنْدَ الْعَقَارِ وَقَدْ أَوْضَحْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ الْعِوَضَ؛ لِأَنَّ

﴿ غاية البيان ﴾

أرضٌ مُسْبِعَةٌ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ صَالَحَ مِنْ شُفْعَتِهِ عَلَى عِوَضٍ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ الْعِوَضَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ الشُّفعةَ لا يصحُّ أخذُ العِوضِ علىٰ إسقاطِها؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ يملكُ المَبيعَ قبلَ إسقاطِ الشُّفعةِ وبعدَه علىٰ وجهٍ واحدٍ، فلا يكونُ في ذلك معْنىٰ يملكُه المُشْتَرِي بإزاءِ العِوضِ، فصارَ أكلَ مالٍ بالباطلِ، وعلىٰ هذا قالَ أصْحابُنا ﷺ: إذا قالَ الزَّوجُ [٧/١٢٥ظ/م] لِلمخيَّرةِ: اختاريني بألفٍ، أو قالَ العِنِّينُ لزوجتِه: اختاري ترْكَ الفَسخِ بألفٍ. فاختارَتْ؛ لَمْ يَثْبُتِ العِوضُ؛ لأنَّه مالكٌ[2] لبُضْعِها قبلَ اخْتِيارِها وبعْدَه علىٰ وجهٍ واحدٍ، فصارَ أكْلَ مالٍ بالباطلِ.

وإذا ثبتَ أنَّ الشُّفعةَ لا يصحُّ أخذُ العِوضِ عَن إسْقاطِها وسقوطُها لا يفتقرُ إلىٰ العوضِ، فبُطلانُ العِوضِ فيها من طريق الحُكْمِ لا يمنعُ من سقوطِها، كالمسلمِ إذا طلَّق امرأتَه علىٰ خمرٍ[3]؛ بطلَتِ الخمرُ من طريقِ الحُكْمِ، ولمْ يبطُلِ الطَّلاقُ.

وقدِ اختلفتِ الرِّوايةُ في الكَفَالَةِ بالنَّفسِ إذا أسقطَها بعِوضٍ، فقالَ في إحْدىٰ الرِّوايتينِ: الكفالةُ باطلةٌ، والعِوضُ باطلٌ، وسوَّىٰ بينَها وبينَ الشُّفعةِ؛ لأنَّ إسقاطَ الحقِّ فيها لا يقفُ علىٰ عوضٍ، فبطلانُ العِوضِ من طَريقِ الحُكْمِ لا يمْنَعُ مِن بطلانِها.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٧].
(٢) وقع بالأصل: «ملك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٣) وقع بالأصل: «خمرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

حَقّ الشُّفْعةِ لَيْس بحَقٍّ مُتقرِّرٍ في المَحلّ، بَلْ هُوَ مُجرَّدُ حَقِّ التَّملُّكِ فَلا يَصحُّ الاعْتِيَاضُ عَنْهُ، ....

غاية البيان

وقالَ في الرِّواية الأُخرى: لا تسقطُ، وذلكَ لأنَّها حقٌّ أقوىٰ منَ الشُّفعة، بدلالة أنّها لا تبطلُ بالسُّكوتِ والإعْراضِ ما لَمْ يرضَ بإسقاطِها، فإذا لم يسلَّم العِوضُ؛ لم تسقطْ[1]. كذا ذكرَ القُدُوريُّ في شرحه لـ«**مُختصر الكرْخِيِّ**» رحمه الله.

وقال شيخُ الإسْلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ رحمه الله **في «شرْح الكافي»**: «وإنْ سلَّمَ الشُّفعةَ علىٰ مالٍ، فالتَّسليمُ جائزٌ، ويردُّ المال علىٰ صاحبِه، وكذلك لو باعها؛ لأنَّ هذا مجرَّدُ حقٍّ، فَلا يجوزُ الاعْتياضُ عنهُ، والتَّسليمُ جائزٌ؛ لأنَّ هذا شرطٌ لا جوازَ لَه بحالٍ، فلا يتقيَّد به، بل يبطلُ الشَّرطُ في نفسِه، وكذلك الكَفالَة بالنَّفسِ علىٰ هذا، إنِ اعتاضَ[2] الطَّالب ليبطلَ الكفَالَة؛ فالإبطالُ جائزٌ، والاعتياضُ باطلٌ».

ثمَّ قالَ شيخُ الإسْلام: «وقَد ذكرَ في بعضِ رواياتِ الكَفَالَةِ: أنَّ الكفالةَ لا تبطلُ، والرِّوايةُ في الكَفَالَةِ تكونُ روايةً في الشُّفعةِ أيضًا: أنّها لا تَبطُل؛ لأنَّه ما رَضِيَ ببطلانِ حقِّه مجّانًا، وإنَّما رَضِيَ بشرطٍ فلا يكونُ راضيًا بدونِ [٣/١٢٨ظ] ذلِك الشَّرطِ».

وقال الإمامُ العَتَّابِيُّ رحمه الله في كتابِ الشُّفعة من «**شرْح الجامع الكبير**»: «ولوْ صالحَهُ أجْنبيٌّ، أو صالحهُ المُشْترِي علىٰ دراهمَ عَلىٰ أنْ يسلِّمَ الشُّفعةَ فسلَّمَ؛ بطلتْ شُفعتُه ولا شيءَ لَه منَ الدَّراهم، وكذا الكفيلُ إذا صالحَ المكفولَ لَه علىٰ دراهمَ علىٰ أنْ يُبرئَه عَن الكفالة فأبْرأَهُ؛ صحَّ الإبراءُ في روايةِ أبي حفصٍ في كتابِ الكفالَةِ، ولا شيءَ له مِن الدَّراهِم، وفي روايةِ أبي سُليمانَ: لَم يصحَّ الإبْراءُ».

وقد عرفَ هذا في «**المبسوط**»؛ لأنَّه التزمَ المالَ بمقابلةِ ما ليسَ بمالٍ، وهوَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

(٢) وقع بالأصل: «اعتاده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«ع».

. . . .

سُقوطُ حقِّ الشُّفعةِ، والبراءة عنِ المطالبةِ، فكانَ بمعْنىٰ الرِّشوةِ، بخِلافِ الطَّلاقِ علىٰ مالٍ، والعتاقِ علىٰ مالٍ [١٢٦/٧/م]، والصُّلحِ عَن دم العمدِ؛ لأنَّها تملكُ منافعَ بُضعِها، وأنَّها بِعَرَضٍ أن تصيرَ مالًا بِالنِّكاحِ، وكذا العبدُ يملكُ نفسَه، وأنَّه مالٌ، وكذا مَن عليْه القِصاصُ يملكُ نفسَه، والقِصاصُ مالٌ في حقِّ مَن عليْه.

وأوردَ الشَّيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ ﷺ في «**شرح الجامع الكبير**» سؤالًا وجوابًا في هذا الموضِعِ، فقالَ: «فإن قيلَ: إذا لم يجِبِ العِوضُ؛ يجبُ ألَّا تبطلَ شُفعتُه أيضًا؛ لأنَّه إنَّما أبطلَ حقَّه في الشُّفعةِ بشرطِ سلامةِ العِوضِ، فإذا لم يسلمْ وجَبَ ألَّا تبطلَ، كما في الكَفَالَة في النفْسِ إذا صالَحَ الكفيلُ المكفولَ له علىٰ مالٍ حتّىٰ يُبرِئَه مِن الكَفَالَةِ لما لمْ يجبِ العِوض؛ لم تثبتِ البراءةُ.

قيلَ لَه: إنَّ المالَ لا يصلحُ عِوضًا عن الشُّفعةِ، فصارَ كالخمرِ والخنزيرِ في باب الخُلع والصُّلحِ عَن دمِ العمدِ، وثمَّةَ يقعُ الطَّلاقُ، ويسقطُ القِصاصُ إذا وُجِدَ القبولُ منَ المرْأةِ والقاتلِ، ولمْ يجبْ شيءٌ، كذا ههُنا».

وأمَّا الصُّلحُ عَن الكفَالَة بالنَّفسِ: فكذلِكَ عَلىٰ ما ذَكرَ مُحَمَّدٌ ﷺ في كتاب الشُّفعة مِن «**المبسوط**» [وكتاب الكَفَالَة والحوالة من «**المبسوط**»][1] في روايةِ أبي حفصٍ، وعلىٰ ما ذكرَ في كتاب الكَفَالَة والحوالة مِن «**المبسوط**»، في روايةِ أبي سُليمانَ ﷺ: لا يبرأُ، ويحتاجُ إلىٰ الفرقِ.

والفرقُ: أنَّ حقَّ الشَّفيعِ قَد سَقَطَ بعوضٍ معنًىٰ، فإنَّ الثَّمنَ سلمَ لَه، فإنَّه متىٰ أخذَ الدَّارَ بالشُّفعةِ؛ وجَبَ عليه الثَّمنُ، فمَتىٰ سلِم لَه الثَّمنُ فقدْ سَلِم له نوعُ عوضٍ بإزاءِ التَّسليمِ، فَلا بدَّ منَ القولِ بسقوطِ حقِّه في الشُّفعةِ، فأمَّا المكْفولُ لَه لَم يرضَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالجَائِزِ مِنَ الشَّرْطِ فَبِالفَاسِدِ أَوْلَىٰ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ الْإِسْقَاطُ وَكَذَا لَوْ بَاعَ شُفْعَتَهُ بِمَالٍ لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُتَقَرِّرٌ، وَبِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنْ مِلْكٍ فِي الْمَحَلِّ، وَنَظِيرُهِ إِذَا قَالَ لِلْمُخَيَّرَةِ: اخْتَارِينِي بِأَلْفٍ. أَوْ قَالَ الْعِنِّينُ لِامْرَأَتِهِ: اِخْتَارِي تَرْكَ الْفَسْخِ بِأَلْفٍ فَاخْتَارَتْ، سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَا يَثْبُتُ الْعِوَضُ، وَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ، ....

غاية البيان

بِسقوطِ حقِّه عنهُ عَن الكفيلِ بغيرِ عِوضٍ، ولم يحصلْ لَه العِوضُ أصلًا، فلا يسْقُطُ حقُّه بالكفالةِ.

قولُه: (**وَلَا يَتَعَلَّقُ إِسْقَاطُهُ بِالجَائِزِ** [**مِنَ الشَّرْطِ فَبِالفَاسِدِ أَوْلَىٰ**)، أيْ: لا يتعلَّقُ حقُّ الشُّفعةِ بالجائزِ منَ الشَّرطِ][1]، وهوَ ما ليسَ فيهِ ذِكر مالٍ، فبالفاسدِ منَ الشَّرطِ أَوْلَىٰ ألَّا يتعلَّقَ، وهوَ ما فيهِ ذكرُ مالٍ، **ولَنا فيهِ نظرٌ**؛ لأنَّ إسقاطَ حقِّ الشُّفعةِ يتعلَّقُ بالجائزِ منَ الشَّرطِ، ألَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ مُحَمَّدٌ ﷺ في «**الجامع الكبير**»[2]: لوْ قالَ الشَّفيعُ: سلَّمتُ شُفعةَ هذه الدَّارِ إن كنت اشتريتَها لنفسِك، وقد اشتراها لغيره، أوْ قالَ للبائعِ: سلَّمتُها لكَ إن كنتَ بِعتَها لنفسِك، وقَد باعَها لغَيره، فهذا ليسَ بتسليمٍ، وذلِكَ لأَنَّ الشَّفيعَ علَّقَ التَّسليمَ بشرطٍ، وصحَّ هذا التَّعليقُ؛ لأنَّ تسليمَ الشُّفعةِ إسقاطٌ محضٌ كالطَّلاقِ والعتاقِ، ولهذا لا يرتدُّ [٧/١٢٦ظ/م] بالرَّدِّ، وما كانَ إسقاطًا محضًا؛ صحَّ تعليقُه بالشَّرطِ [وما صحَّ تعليقُه بالشَّرط لا ينزل إلَّا بعدَ وجودِ الشَّرطِ][3]، فلا ينزلُ التَّسليمُ». كذا ذكرَ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في «**شرح الجامع الكبير**».

قولُه: (**وَالكَفَالَةُ** [٣/١٢٩و] **بِالنَّفْسِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةٍ**)، **يعْني**:

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».
(٢) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٣٠٨].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَفِي الأُخْرَىٰ لَا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ، وَلَا يَجِبُ المَالُ وَقِيلَ: هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفْعَةِ، وَقِيلَ: هِيَ فِي الْكَفَالَةِ خَاصَّةً وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُورَثُ عَنْهُ.

غاية البيان

إذا صالحَ الكفيلُ المكفولَ لَه علىٰ مالٍ تسقطُ الكفالةُ، ولا يجبُ المالُ في روايةِ أبي حفصٍ، كما إذا صالحَ الشَّفيعُ علىٰ مالٍ تسقطُ الشُّفعةُ، ولا يجبُ المالُ.

قولُه: (وَفِي الأُخْرَىٰ لَا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ، وَلَا يَجِبُ المَالُ)، أيْ: في الرِّوايةِ الأُخرىٰ، وهيَ روايةُ أبي سُليمانَ الجُوزَجَانِيِّ (وَقِيلَ: هَذِهِ رِوَايَةٌ فِي الشُّفْعَةِ)، أيْ: روايةُ أبي سُليمانَ في الكَفَالَةِ تكونُ روايةً في الشُّفعةِ أيضًا، حتَّىٰ لا تسقطَ الشُّفعةُ بِالصُّلحِ علىٰ مالٍ، ولا يجبُ المالُ. (وَقِيلَ: هِيَ فِي الكَفَالَةِ خَاصَّةً)، أيْ: روايةُ أبي سُليمانَ في الكَفَالَةِ خاصَّةً. يعْني: لا تبطلُ الكفالةُ بالصُّلحِ عَلىٰ مالٍ، وتبطلُ الشُّفعةُ بِالصُّلحِ عَلىٰ مالٍ[1].

قولُه: (وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، أي: في «المبسوط».

وممَّا تبطلُ به الشُّفعةُ ما قالَ الشيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: وإذا اشْترىٰ الرَّجُلُ دارًا ولها شفيعٌ، فساومَ الشَّفيعُ المُشْتَرِي في الدَّارِ، وسألَه أنْ يُولِّيَه، أوْ يستأجرَها الشَّفيعُ منَ المُشْتَرِي، أو كانتْ أرضًا فأخذَها مُزارعةً، أو كانَ في الأرضِ نخلٌ، فأخذَه الشَّفيع معاملةً، وذلك كلُّه بعدَ علمِه بالشِّراءِ؛ فذلِكَ كلُّه تسليمٌ للشُّفعةِ[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «وإنْ ماتَ المُشْتَرِي لم تبطلْ»[3].

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/٤١٦]، «تبيين الحقائق» [٥/٢٥٧]، «البناية شرح الهداية» [١١/٣٧٣]، «تكملة البحر الرائق» [٨/١٦٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٤/ داماد].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص١٠٧].

قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَقَبْضِهِ فَالْبَيْعُ لَازِمٌ لِوَرَثَتِهِ، ....

غاية البيان

وفيهِ خلافُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، فعندَه: تنتقلُ الشُّفعةُ إلىٰ ورثتِه، والخلافُ فيما إذا ماتَ الشَّفيعُ قبلَ القضاءِ بِالشُّفعةِ له، فإذا ماتَ بعدَ القضاءِ قبلَ نَقدِ الثَّمنِ وقبضِ المَبيعِ؛ فالبيعُ لازمٌ لورثتِه بالاتِّفاقِ.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ ﷺ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «صورتُه أَنَّ دارًا بِيعَتْ ولها شفيعٌ، وطلبَ الشُّفعةَ، فأثبتَها بطَلبينِ، ثمَّ ماتَ قبلَ الأخذِ بِالقضاءِ، أو بتسْليمِ المُشْتَرِي إليْه، فأرادَ ورثتُه أخذَها؛ فليسَ لهُم ذلِك، ولوْ كانَ الشَّفيعُ ملكَها بالقضاءِ، أَوْ بتسْليمِ المُشْتَرِي إليْه ثمَّ ماتَ؛ يكونُ ميراثًا لورثتِه»[1].

لنا: أنَّه خيارُ استِجْلابِ المِلْكِ، فلا يورثُ كخيارِ القبولِ؛ ولأنَّ الوارثَ إن أخذَها لنفسِه لمْ يَجُزْ؛ لأنَّ مِلْكَه مستحدثٌ، فهو كمِلكِ الموصَىٰ له، وإن أخذَها للميِّتِ لا يصحُّ أيضًا؛ لأنَّ الميتَ قَد زالَ مِلْكُه عمَّا يشفعُ بِه، فهوَ كمَنْ باعَ نصيبَه بعدَ وجوبِ الشُّفعةِ، ولا يلزمُ خيارُ العيبِ وخيارُ الرُّؤيةِ؛ لأنَّه لا يثبتُ بِطريقِ الإرْثِ، بَل يثبتُ [١٢٧/٧و/م] لِلوارثِ ابتداءً؛ لأنَّه ملكهُ بالإرثِ سليمًا، وقد وجدَ معيبًا، أو ملكَ معيبًا لم يرَه، فكانَ لَه الخيارُ، ولأنَّ حقَّ الشُّفعةِ حقُّ التَّملُّكِ، وهوَ وصفٌ قائمٌ بالشَّفيعِ، فَلا ينتقلُ إلىٰ ورثتِه بعدَ موْتِه كسائِرِ صفاتِه مِن العلْمِ والقُدرةِ والإرادةِ وغيرِ ذلِكَ، ولأنَّه معنًىٰ لا يصحُّ أخذُ العِوضِ عليْه، فيبطلُ بالموتِ كالأجلِ، وكما إذا نفىٰ ولدَه وماتَ قبلَ أنْ يُلاعنَ؛ فلا يقومُ ورثتُه في اللِّعانِ مقامَه.

احتجَّ بأنَّه حقٌّ ثبتَ لإزالةِ الضَّررِ عَن المالِ، فكانَ مورُوثًا كخيارِ الرَّدِّ بالعَيبِ.

قُلنا: المعْنىٰ في الأصْلِ: أنَّ فيهِ معْنىٰ المالِ بِدليلِ أنَّه ثبتَ لفواتِ جزءٍ من

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٧٨].

وَهَذَا نَظِيرُ الاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ، وَلِأَنَّ بِالْمَوْتِ يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ دَارِهِ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْوَارِثِ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَقِيَامُهُ وَقْتَ الْبَيْعِ وَبَقَاؤُهُ [٤/١٠١] لِلشَّفِيعِ إِلَى وَقْتِ الْقَضَاءِ شَرْطًا، فَلَا يَسْتَوْجِبُ الشُّفْعَةَ بِدُونِهِ.

وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي لَمْ تَبْطُلْ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ بَاقٍ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ سَبَبُ حَقِّهِ،

المَبيعِ، وأنَّه إذا سَقَطَ وجَبَ المالُ عندَ سُقوطِه، بخلافِ خيارِ الشُّفعةِ، فإنَّه ليسَ فيهِ معنى المالِ، بِدليلِ أنَّه لا يجبُ المالُ عندَ سُقوطِه، فلمْ يورثْ كالوكالةِ والمُضَارَبَةِ.

[٣/١٢٩و] **فإن قالوا**: الشُّفعةُ لإزالةِ الضَّررِ كالقِصاصِ، فالجوابُ ما ذكرْنا: أنَّ فيهِ معنى المالِ بدليلِ أنَّه يجبُ المالُ عندَ سقوطِه بالشُّبهةِ.

فإن قالوا: حقٌّ لازمٌ متعلِّقٌ بعينٍ؛ لا يسقطُ بموتِ المستحقِّ عليهِ، فَلا يسقطُ بموتِ المستحقِّ كالرَّهنِ والكَفَالَةِ.

قُلنا: المعنى في الأصلِ: أنَّ فيه معنى المالِ؛ لأنَّ الرَّهنَ يستوفى منهُ الدَّيْن عندَ الفَلسِ، والكفيلُ يُؤخذُ منهُ المالُ، فلذلِك يورثُ، بخلافِ الشُّفعةِ، فإنَّها لا تئولُ إلى مالٍ، وإنَّما هي سببٌ يتوصَّلُ بها إلى تملُّكِ المالِ كالقبولِ.

وإن ماتَ المُشْتَرِي والشَّفيعُ حيٌّ؛ فلَه الشُّفعةُ؛ لأنَّ حقَّه لا يبطلُ بموتِ مَن عليه، ولا يباعُ المَبيعُ في دَينِ المُشْتَرِي ووصيَّتِه؛ لأنَّ الشَّفيعَ مقدَّمٌ على المُشْتَرِي، فيقدَّم على غُرمائِه، فإن باعَه القاضي أو الوصيُّ في دَينِ المُشْتَرِي؛ فلِلشَّفيعِ أنْ يُبْطِلَ البيعَ؛ لأنَّ هذا التَّصرفَ تضمَّنَ إبطالَ حقِّ الغيرِ، فيفسخُ، وكذلِك لوْ أوْصى المُشْتَرِي فيهِ بوصيَّةٍ؛ كانَ لِلشَّفيعِ نقْضُها وأخذُه».

قولُه: (وَهَذَا نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ)، فعندَنا: لا يُورثُ خيارُ الشَّرطِ خلافًا لِلشَّافِعيِّ ﵀.

وَلَا يُبَاعُ فِي دَينِ الْمُشْتَرِي وَوَصِيَّتِهِ، وَلَوْ بَاعَهُ الْقَاضِي أَوْ الْوَصِيُّ أَوْ أَوْصَىٰ الْمُشْتَرِي فِيهَا بِوَصِيَّةٍ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُبْطِلَهُ وَيَأْخُذَ الدَّارَ لِتَقَدُّمِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يُنْقَضُ تَصَرُّفُهُ فِي حَيَاتِهِ.

قَالَ: **وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَىٰ لَهُ بِالشُّفْعَةِ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ**؛ لِزَوَالِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ قَبْلَ التَّمَلُّكِ وَهُوَ الِاتِّصَالُ بِمِلْكِهِ وَلِهَذَا يَزُولُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشِرَاءِ الْمَشْفُوعَةِ كَمَا إِذَا سَلَّمَ صَرِيحًا **أَوْ أَبْرَأَ عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ** به، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ دَارَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الزَّوَالَ فَبَقِيَ الِاتِّصَالُ.

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا بَاعَ الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَىٰ لَهُ بِالشُّفْعَةِ؛ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ**)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «**مختصره**»[1]، وذلِكَ لأنَّه يستحقُّها بالجوارِ، وقَد زالتِ المُجاورةُ، فلَم يَبقَ ما يُشفعُ بِه، وما يأخذُ بِه المَشْفُوعُ، وسواءٌ في ذلِك بَيْعُه بعدَ علمِه بشراءِ الدَّارِ المشْفوعةِ وعدمِ علمِه، فأمَّا إذا باعَ بعدَ أَن قُضِيَ لهُ بالشُّفعةِ؛ لَم تسقطْ شُفْعَتُه؛ لأنَّ حقَّه قدِ استقرَّ فيها، فلا يسقطُ، كما لوْ باعَ بعدَ القبضِ[2]. كذا في «**شرح الأقطع**».

قولُه: (**أَوْ أَبْرَأَ عَنِ الدَّيْنِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ**)، **يعْني**: مَن لَه [الدَّيْنُ][3] إذا أبرأَ مدْيونَه صحَّ [١٢٧/٧ظ/م] ذلِكَ، وإن لم يعلَمْ ذلِك؛ لأنَّ الإسقاطاتِ لا تتوقَّفُ علىٰ العِلم، ولِهذا قالَ في «**شرح الكافي**»: رجلٌ باعَ دارًا ورَضِيَ الشَّفيعُ، ثمَّ جاءَ يدَّعي أنَّه لَم يعلَمْ أنَّ حدَّها إلىٰ موضعِ كذا، أو ظنَّ أنَّها أقربُ أوْ أبعدُ، ويدَّعي شُفْعتَه حينَ علِمَ. قالَ: لا شُفعةَ لَه؛ لأنَّ صحَّةَ التَّسليمِ لا تقفُ علىٰ كونِ الدَّارِ معلومةً

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٢٨].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ؛ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ المُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ وَالْأَصْلُ أَنَّ مِنْ بَاعَ أَوْ بِيعَ لَا شُفْعَةَ لَهُ، وَمِنْ اِشْتَرَىٰ أَوْ

غاية البيان

كصحَّةِ الإبْراءِ في الدُّيونِ لا تتوقَّفُ علىٰ العلمِ بِمقْدارِه، فمَتىٰ صحَّ التَّسليمُ؛ كانَ هذا دعْوىٰ بعدَ التَّسليمِ، فلا يُسمَع.

قولُه: (قَالَ: وَوَكِيلُ البَائِعِ إِذَا بَاعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ؛ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَوَكِيلُ المُشْتَرِي إِذَا ابْتَاعَ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[(١)].

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَالأَصْلُ أَنَّ مَنْ بَاعَ أَوْ بِيعَ لَهُ؛ فَلَا شُفْعَةَ [لَهُ][(٢)]، وَمَنِ اشْتَرَىٰ أَوِ ابْتِيعَ لَهُ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ).

قالَ في «شرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وبيانُ ذلِك هوَ أنَّ صاحبَ الدَّارِ لَو وكَّلَ شفيعَ الدَّارِ بالبيعِ فباعَها؛ فلا شُفعةَ لَه؛ لأنَّه هوَ الَّذي باعَ، ولوْ أنَّ مُضاربًا لرَجُلٍ باعَ دارًا منَ المُضَارَبَةِ، وربُّ المالِ شفيعُها بدارٍ لَه أُخْرىٰ؛ فلا شُفعةَ لهُ؛ لأنَّه بِيعَ لَه، وإنْ كانَ لا يملكُ نهيَه عَن البيعِ، وإن كانَ المُشْتَرِي وكَّلَ شفيعَ الدَّارِ بشرائِها، فاشْتراها لَه؛ فلَه الشُّفعةُ.

أَلا تَرىٰ أنَّه لوِ اشترىٰ دارًا لنفسِه، وهوَ الشَّفيعُ؛ كانَ لَه الشُّفعةُ حتَّىٰ لوْ جاءَ شفيعٌ مثلُه أخذَ منهُ نصفَ الدَّارِ، ولوْ جاءَ شفيعٌ دونَه؛ فلا شُفعةَ لَه، وكذلكَ لَو اشْترىٰ المضاربُ بمالِ المُضَارَبَةِ دارًا، وربُّ المالِ شفيعُها؛ كانَ لَه [٣/١٣٠ر] أنْ يأخذَها بالشُّفعةِ؛ لأنَّه اشتُرِيَ له، ومنِ اشترىٰ أوِ اشتُرِي لَه؛ فلا تبطُلُ شُفعتُه»[(٣)].

وقالَ في «الجامع الكَبير»: «رَجُلٌ اشْترىٰ دارًا علىٰ أنْ يَضْمَنَ الشَّفيعُ الثَّمنَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيّ [ق/٣٨٠].

أُبْتِيعَ لَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ بِأَخْذِ الْمَشْفُوعَةِ يَسْعَىٰ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ، وَالْمُشْتَرِي لَا يُنْتَقَضُ شِرَاؤُهُ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّهُ مِثْلُ الشِّرَاءِ

غاية البيان

عَن المُشْتَرِي، أوْ ضمِنَ للمُشْتَرِي الدَّرَك[1]، أو اشترطَ البائعُ الخيارَ للشَّفيعِ، فأمْضىٰ البيعَ؛ فهذا كلُّه تسليمٌ للشُّفعةِ»[2].

قالَ الشَّيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ ﷺ في «شرْح الجامعِ الكَبير»: أمَّا إذا باعَ، فضمَّنَ الشَّفيعَ الثَّمَنَ مِن المُشْتَرِي، والشَّفيعُ حاضرٌ فقَبِلَ في المجلِسِ؛ يجوزُ البيعُ بِهذا الشَّرطِ استِحسانًا.

والقياسُ: ألَّا يجوزَ، ذكرَ مُحَمَّدٌ ﷺ القياسَ والاستِحسانَ في كتابِ البيوعِ مِن «المبْسوط».

وأمَّا لا شُفْعَةَ للشَّفيعِ: فلأنَّ الشَّفيعَ صارَ كالبائِعِ مِن وجهٍ، وكَالمُشْتَرِي من وجهٍ:

أمَّا كالبائِعِ من وجهٍ: لأنَّ البيعَ يتمُّ بِه، وكذا له أنْ يطالبَ المُشْتَرِي بأداءِ الثَّمنِ حتىٰ يخلِّصَه عنِ الكَفَالَة متىٰ كانتِ الكفالةُ بأمره، كما للبائعِ مُطالبةُ المُشْتَرِي بأداءِ الثَّمنِ.

وأمَّا كالمُشْتَرِي من وجهٍ: لأنَّ الشِّراءَ يتمُّ بِه، وكذا البائع يطالبُه بالثَّمنِ كما يطالبُ المُشْتَرِي، فوقعَ التَّردُّدُ في ثبوتِ حقِّ الشُّفعةِ، فَلا يثبتُ؛ لأنَّ حقَّ [١٢٨/٧و/م] الشُّفعةِ متىٰ دارَ بينَ أن يثبتَ وبينَ ألَّا يثبتَ؛ [لا يثبتُ][3].

فإنْ قيلَ: البائعُ مِن كلِّ وجهٍ إنَّما لَم تكُن لَه الشُّفعةُ؛ لأنَّ إيجابَ الشُّفعةِ لَه

(١) الدَّرَك ـ بفتحتَيْنِ وسكون الراء ـ: اسمٌ مِن أدركْتُ الشيء. ومنه ضمان الدَّرَك في عُهدة البيع. وهو ضمان الاستحقاق دون ردِّ الثمن بالعيب، وهو مِن الإدراك أي: ما يدركه مِن جهة نفسه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٣١٠].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

يؤدِّي إلى التَّضادِّ؛ لأنَّ البيعَ لتمليكِ المَبيعِ، والشُّفعةُ لتملُّكِ المَبيعِ، وبينَهما تضادٌّ، وهنا لا يُؤدِّي إلى التَّضادِّ؛ لأنَّ تمليكَ المَبيعِ ههُنا ما كانَ مِن جهةِ الشَّفيعِ.

قيلَ له: الشَّفيعُ إذا كانَ كفيلًا عَن المُشتَرِي بالثَّمنِ؛ كانَ بمعنى البائعِ مِن وجهٍ؛ لما قُلنا، فإيجابُ الشُّفعةِ له يُؤدِّي إلى التَّضادِّ من وجهٍ في التَّمليكِ والتَّملُّكِ، فإن كانَ لا يُؤدِّي إلى التَّضادِّ من وجهٍ في التَّمليكِ والتَّملُّك أدَّى إلى التَّضادِّ في حقِّ ضمانِ الثَّمنِ؛ لأنَّه بعقدِ[1] الكَفَالَةِ التزمَ الثَّمنَ للبائعِ، ومتى بَقِيَ شفيعًا؛ كانَ لَه ألَّا يلتزمَ؛ لأنَّه يأخذُها بالشُّفعةِ مِن يدِ البائعِ، فينفسِخُ البيعُ، فَيبرأُ المُشتَرِي عَن الثَّمنِ، فيبرأُ هُوَ عن ضمانِ الكَفَالَةِ.

وأمَّا إذا ضمنَ للمُشتَرِي بالدَّركِ: فجوازُ البيعِ بهذا الشَّرطِ إذا كانَ حاضرًا في المجلسِ، وقيلَ في المجلسِ استِحْسانٌ أيضًا.

أمَّا لا شُفْعَةَ له: فلأنَّه بائعٌ من وجهٍ؛ لأنَّ البيعَ تمَّ بِه، وكذا لوِ استحقَّ المُشتَرِي؛ كانَ للمُشتَرِي أن يَرْجعَ عليْه بالدَّركِ، كما كانَ لَه أن يَرْجعَ عَلى البائعِ.

وأمَّا إذا اشترطَ البائعُ الخيارَ لَه فأمْضى البيعَ: فلأنَّه بائعٌ من وجهٍ؛ لأنَّهُ هوَ الذي أوْجبَ البيعَ باعتِبارِ إثباتِ الحُكْمِ، وإن لمْ يكُن موجبًا للبيعِ باعتِبارِ أصلِ البيعِ، ولوِ اشترطَ المُشتَرِي خيارَ الشَّفيعِ، فأمْضى الشَّفيعُ البيعَ لمْ تبطُلْ شُفْعتُه.

يُريدُ بِه: إذا طلبَ الشُّفعةَ قبلَ الإجازةِ؛ لأنَّه بمنزلةِ المُشتَرِي من وجهٍ؛ لأنَّه وكيلٌ عنِ المُشتَرِي في الإجازةِ على ما عُلمَ في موضعِه، والمُشتَرِي من كلِّ وجهٍ كانَ لَه الشُّفعةُ، فكذا المُشتَرِي من وجهٍ.

فإن قيلَ: المُشتَرِي من كلِّ وجهٍ إنَّما كانَ له الشُّفعةُ لأنَّ إيجابَ الشُّفعةِ لَه لا

(١) وقع بالأصل: «بفقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وكذلِكَ لَوْ ضَمِنَ الدّرَكَ مِنَ البَائِعِ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ فَأَمْضَى الْمَشْرُوطُ لَهُ الْخِيَارُ الْبَيْعَ وَهُوَ الشَّفِيعُ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِإِمْضَائِهِ، بِخِلَافِ جَانِبِ الْمَشْرُوطِ لَهُ الْخِيَارُ مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي.

قَالَ: وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ

غاية البيان

يؤدِّي إلى التَّضادِّ؛ فإنَّ المُشْتَرِي يَمْلِكُ المَبِيعَ[1]، والأخذُ بالشُّفعة تملكٌ أيضًا، فكانَ مِن جنسِه، فلَمْ يكُن فيهِ تضادٌّ.

فأمَّا هُنا: لو وجَبَ الشُّفعةُ لِهذا المُشْتَرِي مِن وجهٍ بعدَ الإجازةِ؛ أدَّى هو حينَئذٍ إلى التَّضادِّ؛ لأنَّه بالإجازةِ [٣/١٣٠ظ] أوْجبَ المِلْكَ لِلمُشْتَرِي، ومَتى أخذَها بالشُّفعةِ؛ لا يَبْقَى المِلْكُ للمُشْتَرِي[2]، فصارَ كالسَّاعي في نقضِ ما أوْجبَه للمُشْتَرِي، فيُؤَدِّي إلى التَّضادِّ.

قيلَ لَه: هذا هَكذا، أنْ لو وجَبَ الشُّفعةُ لَه بإجازتِه، والشُّفعةُ لمْ تجبْ له بإجازتِه الشِّراءَ، بَل كانتْ واجبةً له قبلَ الإجازةِ ببيعِ المُتعاقدينِ، فإنَّ منِ اشْترَى دارًا على أنَّه بالخيارِ؛ وجَبَ الشُّفعةُ لِلشَّفيعِ، أجازَ المُشْتَرِي الشِّراءَ أَم فسخَ؛ لأنَّ خيارَ المُشْتَرِي لا يمْنَعُ زوالَ المَبِيعِ عَن مِلْكِ البائعِ، وثبوتُ حقِّ الشَّفيعِ [٧/١٢٨ظ/م] يعتمدُ زوالَ المَبِيعِ عَن مِلْكِ البائعِ، ومَتى وجَبَ الشُّفعةُ قبلَ الإجازةِ، فلَوْ أَخذَها بالشُّفعةِ بعدَما أجازَ؛ لا يكونُ ساعيًا في نقضِ ما أوْجبَه للمُشْتَرِي، فإنَّ أصلَ العقدِ ما وجَبَ بإجازتِه.

قولُه: (ضَمِنَ الدَّرَكَ)، أيْ: تَبِعَةَ الاستحقاقِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا بَلَغَ الشَّفِيعَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ

(١) وقع بالأصل: «البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «للملك المُشْتَرِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ؛ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ، وَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ ....

غاية البيان

أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَوْ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ؛ فَتَسْلِيمُهُ بَاطِلٌ، وَلَهُ الشُّفْعَةُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[(١)].

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرح مُختصرِ الكَرْخِيِّ» ﷺ: «والأَصْلُ في جَميعِ ذلِكَ: أنَّ الغرضَ في الشُّفعةِ يختلفُ باختِلافِ قدرِ الثَّمنِ وجِنسِه، ويختلفُ أيضًا باختِلافِ المُشْتَرِي، ويختلفُ أيضًا بصفةِ المَبِيعِ، فإنَّه قَد يكونُ لِلشَّفيعِ غَرضٌ في بعضِ الوُجوهِ دونَ بعضٍ، فإذا هو سلَّمَ عَلىٰ بعضِ الوُجوهِ، فبانَ أنَّ الشِّراءَ وقعَ عَلىٰ وجهٍ غيرِ ذلِك الوجْهِ، فكأنَّ التَّسليمَ وقعَ عَلىٰ الشَّرطِ الَّذي قَد كانَ أخبرَ بِه، فإذا لم يوجدْ ذلكَ الشَّرطُ؛ بقيتِ الشُّفعةُ عَلىٰ حالِها»[(٢)].

فإذا ثبَتَ هَذا قُلنا: إذا قيلَ لَه: إنَّها بيعتْ بألفِ درهمٍ، فإنَّما سلَّمَ وتركَ لأنَّه لم يصْلحْ له ابتياعُها بهذا القدرِ مِن الثَّمنِ، فإذا كانَ المَبِيعُ بأكثرَ مِن ألفِ درهمٍ، فيُعلمُ أنَّه أوْلىٰ ألَّا يصلحَ لَه بذلِك، وليسَ كذلِك إذا قيلَ لَه: إنَّها بيعَتْ بألفِ درهمٍ، فبانَ لَه بعدَ ذلِك أنَّها كانَت بيعَت بأقلَّ منَ الألفِ؛ لأنَّه إنَّما سلَّم الشُّفعةَ بالألفِ استِعظامًا للألفِ واستكثارًا لَها في البيعِ.

فإذا بانَ أنَّها بِيعَتْ بأقلَّ مِن ذلِك[(٣)]، فربَّما صلحَت لَه بذلِك، فكأنَّه قالَ: إنِّي سلَّمْتُ شُفْعَتي بشرْطِ أنَّ الثَّمنَ ألفٌ، وأمَّا إذا سلَّم الشُّفعةَ لمّا أخبرَ أنَّ الثَّمنَ ألفُ درهمٍ، فإذا هوَ مئةُ دينارٍ، فينظرُ في ذلِك، فإنْ كانَ قيمةُ المئةِ دينارٍ ألفًا أو أكثرَ صحَّ التَّسليمُ، وإن كانَ قيمتُه أقلَّ من ألفِ فله الشُّفعةُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص١٠٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٥/ داماد].

(٣) وقع بالأصل: «من الألف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

وقالَ زُفَرُ ﵀: لَه الشُّفعةُ في الوجهيْنِ جميعًا.

وجهُ قولِهم: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ في حكمِ الجنسِ الواحدِ؛ لأنَّهما أثمانٌ للأشياءِ، فوَجَبَ أَن يعتبرَ اختلافُ القدرِ فيهِما، كما يُعتبرُ في الجنسِ الواحدِ، ولأنَّه لا يثقلُ نقلُ أحدهِما إلىٰ الآخرِ، فلمْ يَجُزْ أن يكونَ التَّسليمُ لمَعْنًىٰ يعودُ إلىٰ الجنسِ، فلَم يبقَ إلَّا أن يكونَ للقدرِ.

وليسَ هذا كما لو أُخبرَ أنَّها بيعَت بحنطةٍ فسلَّمَ، ثمَّ بانَ أنَّها بيعَت بشعيرٍ قيمتهُ مثلُ الحنطةِ أوْ أقلّ؛ فلَه الشُّفعةُ، وذلِك لأنَّ هذهِ الأجناسَ لا تَجْرِي مَجرىٰ الجنسِ الواحدِ، ويثقلُ عَلىٰ الإنسانِ نقلُ بعضِها إلىٰ بعضٍ، فيجوزُ أن يكونَ سلَّمَ له؛ لأنَّه لا يقدرُ علىٰ [١٣١/٣و] الحنطةِ، وعندَه شعيرٌ لا يسهلُ عليهِ الأخذُ بِه، فلَمْ يكُن ذلِك تَسليمًا.

وَوجْهُ قولِ زُفَرَ ﵀: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسانِ مُختلفانِ، يجبُ الشُّفعةُ بِهما، [١٢٩/٧و/م] فإذا سلَّمَ في أحدِهِما لم يكُن ذلِك تسليمًا في الآخرِ كالمَكيلاتِ.

فأمَّا إذا بلغَه أنَّها بيعَت بألفِ درْهمٍ، ثمَّ علمَ أنَّها بيعَت بمكيلٍ أوْ موزونٍ غيرِ الدَّراهمِ، أو بمعْدودٍ غيرِ متفاوتٍ؛ فإنَّ الشُّفعةَ باقيةٌ وتسْليمهُ باطلٌ؛ لأنَّه يجوزُ أَن يكونَ سلَّمه؛ لأنَّه لا يقدرُ عَلىٰ الدَّراهمِ، وهُو يقدرُ عَلىٰ ذلِك الجنسِ الَّذي بيعَتْ بِه الدَّارُ، فيكونُ تَسْليمُه علىٰ شرْطِ أن يكونَ البيعُ بالدَّراهِمِ.

وأمَّا إذا بانَ الشِّراءُ كانَ بعرضٍ منَ العروضِ ممَّا لا يجبُ الشُّفعةُ بمثلِه، وإنَّما يجبُ بقيمتِه، فإنْ كانَ قيمة ذلِك الشَّيءِ الألفَ المذْكورةَ، أوْ أكثرَ؛ فإنَّ ذلِك تسليمٌ صحيحٌ، وإن كانَتِ القيمةُ أقلَّ فليسَ بتسْليمٍ؛ لأنَّ العرضَ لا تجبُ الشُّفعةُ بمثلِه، وإنَّما تجبُ بقيمتِه والقيمةُ مِن جنسِ الدَّراهِمِ، فكأنَّه سلَّم وقَد بلغَه مقدارُ

لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَلَّمَ لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الأَوَّلِ أَوْ لِتَعَذُّرِ الجِنْسِ الذِي بَلَغَهُ وَتَيَسَّرَ مَا بِيعَ بِهِ فِي الثَّانِي إِذِ الْجِنْسُ مُخْتَلِفٌ، وَكَذَا كُلُّ مُكَيَّلٍ أَوْ مَوْزُونٍ أَوْ عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَوْ أَكْثَرُ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْقِيمَةُ وَهِيَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ؛ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ أَكْثَرَ. وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَهُ الشُّفْعَةُ لِاخْتِلَافِ [١٦٦/ظ] الجِنْسِ

غاية البيان

منَ الدَّراهِم، فبانَ مقدارٌ آخرُ، فإنْ كانَ أكثرَ ممَّا بلغَه صحَّ التَّسليمُ، وإن كانَ أقلَّ ممَّا قيلَ لَه فليسَ بتسْليمٍ.

وأمَّا إذا بلغَه أنَّ الثَّمنَ[1] عرضٌ فسلَّم، ثمَّ وجدَ الثَّمنَ مِن جنسٍ آخرَ ممَّا تجبُ الشُّفعةُ بمثلِه؛ فلَه الشُّفعةُ؛ لأنَّ الشُّفعةَ ههُنا إنَّما سلَّمها لأنَّ الجنسَ الَّذي بلغَه لا يقدرُ عليْه، ويجوزُ أن يتيسَّرَ عليْه جنسٌ آخرُ[2]. كذا ذَكرَ القُدُوريُّ ﷺ في «شرحه».

قولُه: (لِاسْتِكْثَارِ الثَّمَنِ فِي الأَوَّلِ)، أيْ: فيما بلغَ الشَّفيعَ أنَّها بيعَت بألفِ درهمٍ، ثمَّ علِمَ أنَّها بيعَتْ بأقلَّ.

قولُه: (أَوْ لِتَعَذُّرِ الجِنْسِ فِي الثَّانِي)، أيْ: فيما إذا بلغَ الشَّفيعَ أنَّها بيعَت بألفٍ، ثمَّ علِمَ أنَّها بيعَت بحنطةٍ أو شعيرٍ.

قولُه: (وَإِنْ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَلْفٌ؛ فَلَا شُفْعَةَ لَهُ).

قالَ في «شرح الأقطع»: وهوَ استحسانٌ، والقياسُ: أَن يكونَ لَه الشُّفعةُ، وهوَ قولُ زُفَرَ ﷺ[3].

قولُه: (لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ)، ولهذا حلَّ التَّفاضلُ بينهما.

---

(١) وقع بالأصل: «السلم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٥/ داماد].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٣٠].

وَلَنَا: أَنَّ الجِنْسَ مُتَّحَدٌ فِي حَقِّ الثَّمَنِيَّةِ.

قَالَ: وَإِذَا قِيلَ: إِنَّ الْمُشْتَرِي فُلَانٌ، فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ لِتَفَاوُتِ الْجِوَارِ، وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ هُوَ مَعَ غَيْرِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قِيلَ: إِنَّ الْمُشْتَرِي فُلَانٌ، فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[1].

اعلَمْ: أنَّ الشَّفيعَ إذا قيلَ لَه: إنَّ المُشْتَرِي زيدٌ فسلَّمَ، ثمَّ عِلِمَ أنَّ المُشْتَرِي عمرٌو؛ فهُو على شُفْعَتِه، وذلِك لأنَّ الإنسانَ قد يحْصُلُ له مجاورةُ شخصٍ دونَ شخصٍ، فلم يكُن تسليمُه الشُّفعةَ لواحدٍ تسليمًا لها لِغيرِه، ولأنَّه أسقطَ حقَّه قبلَ زيدٍ، فبقِي حقُّه قبلَ عمرٍو.

فأمَّا إذا أخبرَ أنَّ المُشْتَرِي زيدٌ، ثمَّ بانَ أنَّه زيدٌ وعمرٌو؛ أخذَ نَصيبَ عمرٍو، وسلَّمَ نصيبَ زيدٍ؛ لأنَّه لمَّا سلَّمَ لِزيدٍ الشُّفعةَ في جميعِ الدَّارِ؛ كانَ ذلكَ تسليمًا في كلِّ جزءٍ منْها، ولم يسلِّمْ لِعمرٍو شيئًا، فجازَ لَه أخذُ نَصيبِه؛ لأنَّ الشَّفيعَ يملِكُ أخذَ نَصيبِ أحدِ المشْتريَيْنِ دونَ الآخرِ.

قولُه: (وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ، فَسَلَّمَ، ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الجَمِيعِ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ «المختصر».

قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرح مُختصر الكَرْخِيِّ ﷺ»: إذا بلغَه أنَّه اشْترى [١٢٩/٧ظ/م] بعضَ الدَّارِ فسلَّمَ، ثمَّ بانَ أنَّه [١٣١/٣ظ] اشْترى جميعَها؛ فلَه الشُّفعةُ، ولوْ قيلَ لَه: إنَّها اشتُريتْ كلُّها، فسلَّمَ الشُّفعةَ، ثمَّ بانَ أنَّه اشتُري نصفُها؛ كانَ التَّسليمُ جائزًا عليْه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص١٠٨].

وَلَوْ بَلَغَهُ شِرَاءُ النِّصْفِ، فَسَلَّمَ، ثُمَّ ظَهَرَ شِرَاءُ الجميع، فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيْمَ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَلَا شَرِكَةَ، وَفِي عَكْسِهِ لا شُفْعة فِي ظاهرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيْمَ فِي الكُلِّ تَسْلِيْمٌ فِي أَبْعَاضِهِ.

غاية البيان

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ ﵀: وذكرَ النَّمِرُ بنُ جِدَارٍ[1] ﵀ بضدِّ هذا فقالَ: إذا قيلَ لَه: إنَّها بِيعَتْ[2] كلُّها، فسلَّم الشُّفعةَ، ثمَّ بان أنَّ نصفَها بيعَ؛ فلَه الشُّفعةُ، وإذا قيلَ لَه: إنَّ نصفَها بِيعَ فسلَّمَ، ثمَّ بانَ أنَّها بيعَتْ كلُّها؛ فلا شُفعةَ لَه[3].

وجهُ الرِّوايةِ الأولىٰ ـ وهيَ المشهورةُ ـ: أنَّه إذا بلغَه بيعُ النِّصفِ، فإنَّما أسقطَ حقَّه عَن النِّصفِ، ولم يسقِطْ حقَّه عن الباقي، فلم يَجُزْ أن يلزمَه إسقاطُ الحقِّ في بقيَّةِ الدَّارِ، ولأنَّه سلَّمَ في النِّصفِ لئلَّا يستضرَّ بِه في الشِّركِ؛ لأنَّها عيبٌ، فإذا بيعَت كلُّها؛ فلا ضررَ بالشَّركةِ ولا عيبَ، فيثبتُ لَه الشُّفعةُ، فإذا سلَّمَ الشُّفعةَ في جميعِها؛ فقد سلَّمَ في كلِّ جزءٍ منْها، ولأنَّه إذا سلَّمَ معَ عدمِ العيْبِ والضَّرر بالشَّركةِ فإنَّ تسليمَه معَ وجودِهما أولىٰ.

فأمَّا وَجْهُ روايةِ النَّمِرِ بن جِدَارٍ: فلأنَّ الإنسانَ قدْ يسلِّمُ الشُّفعةَ في الكلِّ؛ لأنَّه لا يجدُ مقدارَ ثمنِه، ويصلحُ لَه البعضُ إلَّا إنَّه لا يتمكَّنُ مِن ثمنِه[4]، وأمَّا إذا سلَّمَ في البعضِ؛ فقَد سلَّم لعجزِه عَن الثَّمنِ، فهُو عَن جميعِه أعجزُ.

قولُه: (وَفِي عَكْسِهِ لا شُفْعَةَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ)، احترازٌ عن روايةِ النَّمِرِ بن جِدَارٍ، وقدْ مرَّ آنفًا.

---

(١) الجِدَار: واحد الجُدُر والجُدْرَان، وبه سُمِّيَ والد النَّمِر بن جِدَار، وجَدَّان تصحيفٌ. كذا في المغرب. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م». وينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/١٣٥].

(٢) وقع بالأصل: «اشتريت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٥/ داماد].

(٤) أي: مِن ثمن الكل. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

فَصْــلٌ

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنْهَا فِي طُولِ الحَدِّ الذِي يَلِي الشَّفِيعَ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ؛ لِانْقِطَاعِ الْجِوَارِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ منهُ هَذَا المِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَا.

قَالَ: وَإِنِ ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ، ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا؛ فَالشُّفْعَةُ لِلجَارِ فِي

غاية البيان

فَصْــلٌ

ذَكرَ هذا الفصلَ في بيانِ الحِيَلِ التي تبطلُ بها الشُّفعةُ؛ لأنَّ الشَّفيعَ ربَّما يكونُ فاسقًا مُؤذيًا يُحتاجُ إلى الاجتنابِ عن جوارِه، حتى تتخلَّصَ النَّفسُ عن أذاهُ الذي يُخافُ أن يقعَ، فذكرَ الحيلةَ لإبْطالِها لهذا.

قالَ الخَصَّافُ في كِتاب «الحيل»: «أرأيتَ الرَّجلَ إذا أرادَ أن يشتريَ دارًا، وخافَ أن تُؤخذَ منهُ بالشُّفعةِ، هل يحلُّ له أن يحتالَ في الشُّفعةِ؟

قالَ: كرِه ذلكَ بعضُ أصْحابِنا، ورخَّصَ فيهِ بعضُهم ﷺ وقالَ: إنَّما تجبُ الشُّفعةُ بعقْدِ البيعِ، ولا بأسَ بذلِكَ قبلَ أن تجبَ؛ لأنَّه إنَّما يدفعُ المأثمَ عن نفسِه، فلا يجبُ عليْه حقُّ الشُّفعةِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ دَارًا إِلَّا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ مِنْهَا فِي طُولِ الحَدِّ الذِي يَلِي الشَّفِيعَ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ)، أيْ: قالَ القُدُوريُّ ﷺ في «مختصره»[2]، وذلِك لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما تثبتُ بالشَّركةِ أوْ بالجوارِ، ولم يُوجدْ واحدٌ منهُما.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا وَهَبَهُ هَذَا المِقْدَارَ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا)، أيْ: لانقِطاعِ الجوارِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنِ ابْتَاعَ مِنْهَا سَهْمًا بِثَمَنٍ، ثُمَّ ابْتَاعَ بَقِيَّتَهَا؛ فَالشُّفْعَةُ لِلجَارِ فِي

(١) ينظر: «الحيل» للخصاف [ص/٧١].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص١٠٨].

السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ جَارٌ فِيهِمَا، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ فِي الثَّانِي شَرِيكٌ فَيَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا، وَالبَاقِي بِالبَاقِي.

غاية البيان

السَّهْمِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ العقدَ وقعَ علىٰ السَّهمِ الثَّاني، وهوَ شريكٌ في بعضِ المَبيعِ، فلا يكونُ لِلجارِ معَ الشَّريكِ شفعةٌ [٧/١٣٠ر/م]، واستحقاقُ السَّهمِ الأوَّلِ لا يسقطُ الشُّفعةَ الَّتي وجبتْ لَه؛ لأنَّه ملكَها بالشِّراءِ الأوَّلِ، فهُو كما لوْ حكمَ لَه بِها.

يبيِّنُ صحَّةَ ذلك: أنَّهم قالوا في أحدِ الجارَينِ إذا اشْترىٰ دارًا، ثمَّ ماتَ وحضر الجارُ الآخرُ يطلبُ الشُّفعةَ: يُقْضىٰ له بالنِّصفِ. فلوْلا أنَّهم جعَلوا الشِّراءَ بمنزلةِ القضاءِ بقدرِ ما يستحقُّه [٣/١٣٢ر]، وإلَّا وجَبَ أن تسقطَ شفعةُ الميِّتِ بموتِه، وتبقىٰ شفعةُ الحيِّ، فيقضىٰ له بجميعِ الدَّارِ، وكذلِك إذا اشْترىٰ من رَجُلٍ دارًا ملاصقةً، ثمَّ باعَ دارَه الأولىٰ، ثمَّ حضرَ جارٌ آخرُ؛ فإنَّه يُقْضىٰ لَه بالنِّصفِ لِما ذكَرْنا[2]. كذا في «شرح الأقطع».

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرح مُختصر الكَرْخِيِّ»: قالَ أَبو يوسُف: وإن كانَ المُشْتَرِي للنِّصفِ الثَّاني غيرَ المُشْتَرِي للنِّصفِ الأوَّلِ؛ فلَم يخاصمْه فيهِ حتىٰ أخذَ الجارُ النِّصفَ الأوَّلَ بالشُّفعةِ، فالجارُ أحقُّ بالنِّصفِ الثَّاني من المُشْتَرِي الأوَّلِ؛ لأنَّ المِلْكَ للمُشْتَرِي الأوَّلِ زالَ عَن النِّصفِ قبلَ انتِقالِ الشُّفعةِ إليْه، فسقطَت شُفْعَتُه، وبَقِيَ حقُّ الجارِ، فاستحقَّ النِّصفَ الثَّاني بالجوارِ، كما استحقَّ الأوَّل[3].

قولُه: (فَإِنْ أَرَادَ الحِيلَةَ ابْتَاعَ السَّهْمَ بِالثَّمَنِ إِلَّا دِرْهَمًا مَثَلًا، وَالبَاقِي بِالبَاقِي).

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص١٠٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٣١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٤/ داماد].

....

وهذِه حيلةٌ ترجعُ إلىٰ تقليلِ رغبةِ الشَّفيعِ والأول إلىٰ الإبطالِ؛ لأنَّ في الأوَّلِ ليسَ للجارِ أنْ يَأخُذَ؛ لأنَّ مقدارَ ذراعٍ في طولِ حدِّ الشَّفيعِ لَم يُبَعْ أي ابتاعَ السَّهم الواحدَ من الدَّارِ، وهوَ السَّهمُ الَّذي يَلي[1] الشَّفيعَ، أو السَّهمُ مطلقًا، كالعُشرِ بأكْثرِ الثَّمنِ، ثمَّ يُبتاعُ الباقي منَ الدَّارِ بِباقي الثَّمنِ.

تفْسيرُه ما قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: وهوَ أن يبيعَ أوَّلًا منَ الدَّارِ، أو منَ الكرْمِ عُشرَها مشاعًا بأكثرِ الثَّمنِ، ثمَّ يبيعُ تسعةَ أعشارِها ببقيةِ الثَّمنِ، حتّىٰ إنَّ الشَّفيعَ لا يثبتُ لَه حقُّ الشُّفعةِ إلَّا في عُشرِها بثَمنِه، ولا يَثْبُتُ لَه الشُّفعة في تسعةِ الأعْشارِ[2]؛ لأنَّ المُشْتَرِي حينَ اشْترىٰ تسعةَ أعْشارِها؛ كانَ شَريكًا فيها بالعُشرِ، وهذِه الحيلةُ إنَّما تكونُ للجارِ أوِ الخليطِ؛ لأنَّ الشَّريكَ أَوْلَىٰ منهُما، ولا يحتالُ بِهذا للشَّريكِ؛ لأنَّ الشَّفيعَ إذا كانَ شريكًا؛ كان لَه أنْ يَأخُذَ نصفَ تسعةِ الأعشارِ أيضًا بقليلِ الثَّمنِ.

وإن كانتِ الدَّارُ لِلصَّغيرِ، فإنَّ بيعَ العُشرِ منها بكثيرِ الثَّمنِ جائزٌ، وبيعُ تِسعةِ الأعْشارِ بقليلِ الثَّمنِ لا يَجوزُ؛ لأنَّ بيعَ مالِ الصَّغيرِ بأقلَّ مِن قيمتِه قدرَ ما لا يتغابنُ النَّاسُ فيهِ؛ لا يجوزُ، فيكونُ في هذِه الحيلةِ مضرَّةٌ للمُشْتَرِي، وهوَ أن يلزمهُ العُشر، ولا يجوزُ شراؤُه في تسعةِ الأعشارِ.

وقَد يجوزُ أَن يحتالَ بِهذه الحيلةِ في دارِ الصَّغيرِ، وهوَ أَن يبيعَ [٧/١٣٠ظ/م] مِن دارِه جزءًا من مئةِ جزءٍ، أو يبيعَ جزءًا من ألفِ جزءٍ بثمنٍ أكثرَ مِن قيمتِه، ثمَّ يبيعَ بقيَّةَ الدَّارِ بمثلِ ثَمنِه، فإنَّما يثبتُ لَه الشُّفعةُ في الجزءِ الأوَّلِ خاصَّةً، وهذِه الحيلةُ للجارِ والخَليطِ، فأمَّا إذا كانَ الشَّفيعُ شريكًا؛ فإنَّه يأخذُ نصفَ البقيَّةِ بنصفِ ثمنِها[3].

---

(١) وقع بالأصل: «الذي على». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «أعشار الدار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣٨٠].

وَإِنِ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عَنْهُ؛ فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ آخَرُ، وَالثَّمَنُ وَهُوَ الْعِوَضُ عَنِ الدَّارِ. قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ أُخْرَىٰ تَعُمُّ الْجِوَارَ وَالشَّرِكَةَ فَيُبَاع بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَيُعْطِي بِهَا ثَوْبٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوِ اسْتُحِقَّتِ الْمَشْفُوعَةَ يَبْقَىٰ كُلُّ الثَّمَنِ عَلَىٰ مُشْتَرِي الثَّوْبِ لِقِيَامِ الْبَيْعِ الثَّانِي فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ الثَّمَنَ دِينَارَ حَتَّىٰ إِذَا اسْتُحِقَّ الْمَشْفُوعَ يَبْطُلُ الصَّرْفُ فَيَجِبُ رَدُّ الدِّينَارِ لَا غَيْرُ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنِ ابْتَاعَهَا بِثَمَنٍ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا عَنْهُ؛ فَالشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ دُونَ الثَّوْبِ). هذا لفظُ القُدُوريِّ أيضًا، وذلكَ لأنَّ الشُّفعةَ تثبتُ بمثلِ الثَّمَنِ الَّذي بِيعَتِ الدَّارُ بِهِ، ألَا تَرىٰ أنَّ البائعَ لوْ وهبَ لِلمُشْتَرِي الثَّمنَ، أوِ اشْترىٰ به دارًا؛ أخذَها الشَّفيعُ بالمُسمَّىٰ حالَ العَقدِ، وَلا يأخذُ بقيمةِ الدَّارِ الثَّانيةِ؛ لأنَّها ملكتْ بالعقدِ الثَّاني كذلِك في مسألتِنا.

قالَ صاحبُ «الهداية» ﷺ: **(وَهَذِهِ أُخْرَىٰ تَعُمُّ الجِوارَ وَالشَّرِكَةَ)**، أيْ: هذِهِ الحيلةُ حيلةٌ أُخرىٰ يُحتالُ بِها في حقِّ [٣/١٣٢ظ] الجارِ والشَّريكِ، بخِلافِ الحيلتَينِ الأُوليَيْنِ اللَّتينِ ذكرَهُما القُدُوريُّ ﷺ بقولِه: «وإذا باعَ دارًا إلَّا مقدارَ ذِراعٍ»[1]... إلىٰ آخِرِه، وبقولِه: «وإنِ ابتاعَ منها سهمًا، ثمَّ ابتاعَ بقيَّتَها»[2]... إلىٰ آخِرِه، فإنَّهما[3] يُحتالُ بِهِما في حقِّ الجارِ لا الشَّريكِ.

ثمَّ بيَّنَ صاحبُ **«الهداية»** ﷺ كيفيَّةَ هذِه الحيلةِ بقولِه: **(فَيُبَاعُ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ، وَيُعْطَىٰ بِهَا ثَوْبٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ)**. أيْ: يباعُ المبيعُ بأضعافِ قيمةِ المَبِيعِ، ثمَّ يُعطِي المُشْتَرِي بمقابلةِ ما وجَبَ عليْه مِن أضعافِ القيمةِ ثوبًا، يكونُ ذلكَ الثَّوبُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ١٠٨].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) وقع بالأصل «فإنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

قَالَ: وَلَا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يوسُف ﷺ، وَتُكْرَهُ عِنْد مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِب لِدَفْعِ الضَّرَرِ، فَلَو أَبَحْنَا الْحِيلَةَ مَا دَفَعْنَاهُ

غاية البيان

بقدْرِ قيمةِ المَبيعِ في الواقِعِ.

بيانُ ذلِك: فيما ذكَره في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» بقولِه: وحيلةٌ أُخرىٰ: أَن يبيعَ الدَّارَ بأكثرَ مِن قيمتِها، نحوَ أَن يبيعَ ما يُساوي ألفًا بألفينِ، وينقدُ مِن الثَّمنِ ألف درهمٍ إلَّا عشرةَ دراهمَ، ثمَّ يبيعُ بألفٍ وعشرةٍ عرضًا يُساوي عشرةَ دراهمَ، فحصلتِ الدَّارُ للمُشْتَرِي بألفِ درهمٍ في الحاصلِ، ولكنَّ الشَّفيعَ لا يأخذُها إلَّا بألفَي درهمٍ.

والأفضلُ لِلبائعِ أَن يجعلَ مَكانَ العرضِ دينارًا يُساوي عشرةَ دراهِمَ، هذا هوَ الأحوطُ، حتىٰ إنَّ الدَّارَ لوِ استُحقَّتْ من يدِ المُشْتَرِي؛ رجعَ علىٰ البائعِ بمثلِ ما أعْطاهُ؛ لأنَّه يبطلُ الصَّرفُ بالاستحقاقِ، وهذه الحيلةُ لجميعِ الشُّفعاءِ، ولوْ كانَ باعَ ببقيَّةِ الثَّمنِ عَرضًا سوىٰ الذَّهبِ يُساوي عشرةَ دراهمَ كما ذكَرْنا؛ فعندَ الاستِحقاقِ يَرْجعُ المُشْتَرِي علىٰ البائعِ بألفَي درهمٍ، ويكونُ فيه مضرَّةٌ علىٰ البائعِ[1].

قولُه: (**قَالَ: وَلَا تُكْرَهُ الحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ عِنْدَ أَبِي يوسُف ﷺ، وَتُكْرَهُ عِنْد مُحَمَّدٍ ﷺ**)[2]، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3].

وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ ﷺ: أنَّ الشَّرعَ أوجبَ الشُّفعةَ سببًا لدفعِ الضَّررِ عنِ الشَّفيعِ، وفي إباحةِ الحِيلة تبقيةُ الضَّررِ علىٰ الشَّفيعِ، فلا تَجوزُ؛ لأنَّ الحيلةَ بإسقاطِ الشُّفعةِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣٨٠].

(٢) وظاهر «الهداية» اختيار قول أبي يوسف، وقد صرح به قاضيخن، فقال: والمشايخ في حيلة الاستبراء والزكاة بقول محمد، وفي الشفعة بقول أبي يوسف. ينظر: «المبسوط» [٣٠/٢٤٠]، «تحفة الفقهاء» [٣/٦١]، «العناية شرح الهداية» [٩/٤٢٢]، «تبيين الحقائق» [٥/٢٦١]، «التصحيح والترجيح» [ص/٢٦٦]، «فتاوىٰ قضيخان» [٣/٥٥٨]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٨٣]، «تكملة البحر الرائق» [٨/١٦٥]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢/١١٨].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص١٠٨].

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَنْعٌ عَنْ إِثْبَاتِ الْحَقِّ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ.

غاية البيان

لوْ جازتْ لَم تثبتْ شفعةٌ أبدًا.

ووجهُ قولِ أبي يوسُفَ رحمه الله: أنَّ المُشْتَرِيَ بالحِيلةِ [١٣١/٧و/م] يمتنعُ مِن وجوبِ حقٍّ عليهِ، وذلكَ لا يكرهُ كما لا تكرهُ الحيلةُ في إسْقاطِ الرِّبا، وعلىٰ هذا الخلافِ الحيلةُ في إسقاطِ الزَّكاةِ قبلَ حَوَلانِ الحولِ.

فعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله: لا يُكرهُ. وعندَ مُحَمَّدٍ رحمه الله: يُكرهُ. وقيلَ: **الفتوى** علىٰ قولِ أبي يوسُفَ في الشُّفعةِ، وعلىٰ قولِ مُحَمَّدٍ في الزَّكاةِ.

قالَ الإمام الأَسْبِيجَابِيُّ رحمه الله **في «شرح الطَّحَاوِيِّ»**: فهذه الحِيَلُ كلُّها لإبطالِ الشُّفعةِ قبلَ البيعِ، فأمَّا بعدَ وقوعِ البيعِ، أن يقولَ المُشْتَرِي للشَّفيعِ: صالحتُك علىٰ كذا وكذا درهمًا علىٰ أن تسلِّمَ لي شفعتَكَ. فإذا قبلَ الشَّفيعُ الصُّلحَ وسلَّمَ؛ بطلَتْ شُفْعَتُه، ولا يجبُ لَه المالُ، أو يقول المُشْتَرِي للشَّفيعِ: اشتَرِ منِّي بِكذا ولا تُخاصِمْني فيها. فإذا قالَ الشَّفيعُ: اشتريتُ؛ بطلتِ شُفْعتُه، ثمَّ لا يَبِيعه.

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله أيضًا: وقيلَ: إنَّ الاختلافَ في الحِيلةِ للإبْطالِ قبلَ الوجوبِ، فأمَّا بعدَ الوجوبِ؛ فمكْروهةٌ بالإجماعِ[١].

وقالَ في «الواقعات الحُساميَّة»: الحيلةُ في إبطالِ الشُّفعةِ علىٰ وجهينِ: إمَّا إن كانَتْ بعدَ الثُّبوتِ أوْ قبلَ الثُّبوتِ، ففي الوجهِ الأوَّلِ: يُكرهُ بالاتِّفاقِ، نحو أَن [١٣٣/٣و] يقولَ المُشْتَرِي للشَّفيعِ: اشْترِه منّي. وما أشبهَ ذلِكَ؛ لأنَّه إبطالٌ لحقٍّ واجبٍ، وفي الوجهِ الثّاني: لا بأسَ بِه، سواءٌ كانَ الشَّفيعُ عدلًا أو فاسقًا هوَ المختارُ؛ لأنَّه ليسَ بإبطالٍ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٣٨١].

. . . .

غاية البيان

ومِن هذا الجنسِ ثلاثُ مسائِلَ: إحْداها هذِه، والثَّانيةُ: الحيلةُ في منعِ وجوبِ الزَّكاةِ، والثَّالثةُ: الحيلةُ لدفعِ الرِّبا، بأَن باعَ مئةَ درهمٍ، وفلسًا بمئةٍ وعشرينَ درهمًا.

وقالَ الخَصَّافُ ﷺ في أوَّل كتابِ «الحِيَل»: «لا بأسَ بالحِيَلِ فيما يحلُّ ويجوزُ، وإنَّما الحيلةُ شيءٌ يتخلَّصُ بِه الرَّجُلُ منَ الحرامِ، ويخرجُ بِه إلى الحلالِ، فما كانَ مِن هذا ونحوِه؛ فلا بأسَ بِه، وإنَّما يُكرهُ مِن ذلِك أن يحتالَ الرَّجُلُ في حقٍّ لرَجُلٍ حتى يُبْطلَه، أوْ يحتالَ في باطلٍ حتَّى يُمَوِّهَهُ، أو يحتالَ في شيءٍ حتى يُدْخِلَ فيهِ شُبهةً»[1].

---

(١) ينظر: «الحِيَل» للخَصَّاف [ص/٤].

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ؛ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ خَمْسَةٍ؛ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا.

غاية البيان

قولُه: (مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ أُخَرُ)، ذكرَها على ما جرَىٰ دأبُ المصنِّفينَ كذلِك.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ خَمْسَةُ نَفَرٍ دَارًا مِنْ رَجُلٍ؛ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ خَمْسَةٍ؛ أَخَذَهَا كُلَّهَا أَوْ تَرَكَهَا)، أيْ: قالَ في **«الجامع الصَّغير»**.

وصورتُها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَن يَعْقُوبَ، عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في خمسةِ نفرٍ اشْتَرَوا مِن رَجُلٍ دارًا ولها شفيعٌ، فأرادَ أنْ يَأْخُذَ نصيبَ أحدِهم. قالَ: له ذلِكَ، فإنِ اشْترىٰ واحدٌ منَ الخمسةِ؛ لَم يكُن للشَّفيعِ أنْ يَأْخُذَ نصيبَ بعضِهم دونَ بعضٍ»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ مُحَمَّدٍ ﷺ [١٣١/٧ظ/م] في أصلِ **«الجامع الصَّغير»** في البيوعِ، وذلكَ لأنَّ حقَّ الشُّفعةِ شُرِعَ لدفْعِ ضررِ الدَّخيلِ، فَلا يشرعُ علىٰ وجهٍ يتضرَّرُ بِه الدَّخيلُ ضررًا زائدًا، سِوىٰ أخذِ الدَّارِ منهُ.

فَفي المسألةِ الأولىٰ: الصَّفقةُ وقعَتْ متفرِّقةً، فإذا أخذَ نصيبَ أحدِهم؛ فقدْ ملكَ عليْهِ جميعَ ما اشْترىٰ وقامَ مَقامَه، فلمْ يكُن فيهِ تفريقُ الصَّفقةِ علىٰ المُشْتَرِي، هذا إذا كانَ الثَّمنُ مَنقودًا.

فأمَّا إذا لَم ينقُدوا الثَّمنَ، فأرادَ الشَّفيعُ أنْ يَأْخُذَ شُفْعَةَ أحدِهِم مِن البائعِ بحصَّتِها من الثَّمنِ؛ ليسَ لَه ذلِك لما فيهِ من تفريقِ الصَّفقةِ على البائعِ، وأمَّا إذا اشْترىٰ واحدٌ من خمسةٍ؛ فالشُّفعةُ وقعتْ في حقِّ المُشْتَرِي، فَفي أخذِ نصيبِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٣٦٠].

وَالْفَرَقُ أَنَّ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي بِأَخْذِ الْبَعْضِ يَتفرَّقُ الصَّفْقَةُ علىٰ الْمُشْتَرِي [١٦٧/و] فَيَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ، وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَقُومُ الشَّفِيعُ مُقَامَ أَحدِهِمْ

غاية البيان

أحدِهم تفريقُ الصَّفقةِ علىٰ المُشْتَرِي، فَلا يملكُ لما فيهِ مِن تبعيضِ مِلْكِه، وأنّه في الأعيانِ المجْتمعةِ عيبٌ[١]. كذا ذكرَ الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﵀ في «شرحه».

وقالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: وإذا اشْترىٰ الرَّجُلُ من الرَّجُلينِ دارًا وقبضَ أو لمْ يقبضْ، فأرادَ الشَّفيعُ أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِ المتبايعَيْنِ؛ فليسَ لَه ذلِك، فإنْ كانَ البائعُ واحدًا والمُشْتَرِي اثنيْنِ؛ كانَ لَه أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِهِما دونَ الآخرِ أيَّ النَّصيبيْنِ شاءَ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ومُحَمَّدٍ ﷸ، قالَ هذا مُحَمَّدٌ في «إملائه»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

قالَ القُدُورِيُّ في «شرحه»: وذلِك لأنَّ المُشْتَرِيَ الواحدَ ملكَ الدَّارَ بقبول واحدٍ، فلمْ يملكِ الشَّفيعُ أخذَ بعضِ ما تعلَّقَ بِه حقُّه دونَ بعضٍ، كما لوْ كانَ البائعُ واحدًا، ولأنَّه إذا أخذَ بعضَ الدَّارِ فرَّق الصَّفقةَ علىٰ المُشْتَرِي علىٰ وجهٍ يُضرُّ به بالشَّركةِ، وهذا لا يجوزُ كما لوْ كانَ البائعُ واحدًا، فأمَّا إذا اشترىٰ اثنانِ مِن واحدٍ؛ فلا ضررَ علىٰ كلِّ واحدٍ [١٣٣/٣ظ] منهُما في أخذِ نَصيبِ الآخرِ؛ لأنَّه قد رَضِيَ بضررِ الشَّركةِ، فَلا فرقَ بينَ شركةِ الشَّفيعِ وبينَ شركةِ المُشْتَرِي، ولأنَّه يأخذُ منهُ جميعَ ما ملكَه بالعَقدِ، فلا يلحقُ به ضررًا، كما لوِ اشْترىٰ وحدَه.

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «شرحه»: وقد رُوِيَ عنهُم خلافُ هذا، وهوَ أنَّ الواحدَ إذا اشْترىٰ منِ اثنينِ، فإنْ أخذَ الشَّفيعُ قبلَ القبضِ؛ كانَ لَه أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِ البائعينِ، فإنْ أخذَ بعدَ القبضِ لَم يكُن له أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِهِما؛ لأنَّه إذا أخذَ قبلَ القبضِ انفسخَ مِلْكُ المُشْتَرِي، وصارَ الأخذُ مِن مِلْكِ البائعِ، وقد أخذَ

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٩].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٤/ داماد].

فَلَا تَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ، وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَما قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذَ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِذَا نَقَدَ مَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَنْقُدْ الْآخَرُ حِصَّتَهُ؛ كَيْلَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ الْيَدِ عَلَى الْبَائِعِ بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ، بِخِلَافِ

غاية البيان

جميعَ ما خرجَ مِن مِلْكِ البائِعِ، فلَم يكُن فيهِ ضررٌ عليْه، وليسَ كذلِك بعدَ القبضِ؛ لأنَّه يأخذُ مِن مِلْكِ المُشْتَرِي فيبعّضُ عليْه المِلكُ، فَلا يجوزُ.

وقالوا: إذا اشْترى اثنانِ مِن واحدٍ، فإنْ أخذَ الشَّفيعُ قبلَ القبضِ؛ لم [٧/١٣٢و/م] يكُن لَه أنْ يَأْخُذَ إلَّا الجميعَ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِي ينفسخُ، فلو أخذَ البعضَ فرَّقَ الصَّفقةَ على البائعِ، وهذا لا يجوزُ، فإن أخذَ بعدَ القبضِ جازَ أنْ يَأْخُذَ نصيبَ أحدِهما؛ لأنَّه يأخذُ من مِلْكِ المُشْتَرِي، ولم يُبعضْ عليْه المِلْك.

وقالَ الكَرْخِيُّ أيضًا في «مختصره»: وسواءٌ سمَّيا لكلِّ نصفٍ ثمنًا معلومًا، أو كانَ الثَّمنُ جملةً واحدةً، بعدَ أَن يكونَ البيعُ صفقةً، وذلِك لأنَّ الحكمَ يتعلَّقُ بتفريقِ الصَّفقةِ، فَلا فرقَ بينَ ذِكرِ الثَّمنِ جملةً أوْ جملتَينِ[1].

قولُه: (وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا)، أيْ: في ولايةِ الأخذِ لِلشَّفيعِ نصيبَ أحدِ المشتريينِ، (قَبْلَ الْقَبْضِ)، أي: قبلَ قبضِ المُشْتَرِي الدَّارَ.

قولُه: (وَهُوَ الصَّحِيحُ)، احترازٌ عَن روايةِ القُدُورِيِّ، وهيَ قولُه: وقد رُوِيَ عنهُم خلافُ هذا. إلى آخرِ ما ذكرَه قبلَ هذا.

قولُه: (بِمَنْزِلَةِ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ)، يعْني: إذا اشْترى الاثْنانِ دارًا صفقةً واحدةً، ونقدَ أحدُهما ما عليهِ منَ الثَّمنِ؛ ليسَ له أنْ يَأْخُذَ نصيبَه منَ الدَّارِ حتَّى ينقُدَ الآخرُ ما عليْه منَ الثَّمنِ، فكذلِك هُنا؛ لمَّا نقَدَ الشَّفيع نصيبَ أحدِهم؛ ليسَ لَه أنْ يَأْخُذَ نصيبَه منَ الدَّارِ، ما لَم ينقُدِ الآخرونَ بقيَّةَ الثَّمنِ، إذا كانَتِ الدَّارُ غيرَ مقْبوضةٍ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩١/ داماد].

مَا بَعْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَتْ يَدُ الْبَائِعِ، وَسَوَاءٌ سَمَّىٰ لِكُلِّ بَعْضٍ ثَمَنًا أَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةً، لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي هَذَا لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ لَا لِلثَّمَنِ، وَهَاهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي».

غاية البيان

قولُه: (وَهَهُنَا تَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي»)، وتلكَ التَّفريعاتُ ذكرَها الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره» وكسرَ عليها الباب، وشرَحها القُدُورِيُّ في «شرحه»، فلَيتَكَ لَم تقُلْ ما هيَ لم نذكرْها خوفًا من الملالةِ لأجلِ الإطالةِ.

فقالَ الكَرْخِيُّ: وكذلِك إن كانَ الشِّراءُ بوكالةٍ، فوكَّلَ رَجُلٌ رَجُلينِ بشراءِ دارٍ، ولَها شفيعٌ؛ فلِلشَّفيعِ أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِ المشتريَينِ، وإن كانَ الموكِّلُ رَجُلينِ، والوكيلُ رَجُلًا واحدًا؛ لم يكُن لَه أنْ يَأخُذَ نصيبَ أحدِ الموكِّلينِ.

قالَ ابنُ سَمَاعَةَ رحمه الله عَن مُحَمَّدٍ رحمه الله في «نوادره» ذلِك، وقالَ: إنَّما أنظرُ إلىٰ المُشْتَرِي، ولا أنظرُ إلىٰ المشترَىٰ لَه.

قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: وكذلِك لوِ اشْترىٰ رَجُلٌ لعشَرةٍ؛ فليسَ لَه أنْ يَأخُذَ شيئًا دونَ شيءٍ، ولوِ اشترىٰ عشرةٌ لرَجُلٍ كانَ للشَّفيعِ أنْ يَأخُذَ من واحدٍ، ويدعَ الآخرينَ، أو يأخذَ منِ اثنينِ أو ثلاثةٍ، ويدعَ البقيَّة، وكذلِك رَوَىٰ هشامٌ[1] عَن مُحَمَّدٍ رحمه الله في «نوادره» في الوكيلِ والوكيلَيْنِ بالشِّراءِ. إلىٰ هنا لفظُ [٣/١٣٤و] الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصره».

فقالَ القُدُورِيُّ في «شرحه»: وذلكَ لأنَّ حقوقَ العقدِ تتعلَّقُ بالعاقدِ دونَ المعْقودِ لَه، فإذا كانَ الوكيلُ واحدًا؛ لم يَجُزْ تفريقُ الصَّفقةِ عليْه، كما لوِ اشْترىٰ لنفسِه، وإذا كانوا جماعةً والموكِّلُ واحدًا، فحقوقُ العقدِ تتعلَّقُ بهِم دونَه، كما لوِ اشترَوا لأنفُسِهم.

(١) وقع بالأصل: «هشيم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

....

ثُمَّ قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ: وإذا اشترىٰ الرَّجلُ دارينِ صفقةً [٧/١٣٢ظ/م] واحدةً، فجاءَ شفيعٌ لهُما جميعًا، فأرادَ أنْ يَأخُذَ إحْداهُما دونَ الأُخْرىٰ؛ فليسَ لَه ذلِك، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ومُحمَّدٍ ﷺ.

وقالَ الحسنُ بنُ زيادٍ عَن زُفَرَ: الشَّفيعُ بالخيارِ إن شاءَ أخذَهما، وإن شاء أخذَ إحْداهُما دونَ الأُخرىٰ، وهذا قولُ الحسنِ[١]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

فقالَ القُدُورِيُّ في «شرحه»: وجهُ قولِهم: أنَّ المُشْتَرِيَ ملكَ الدَّارينِ صفقةً واحدةً، وتعلَّقَ حقُّ الشَّفيعِ بهِما، فلمْ يملكْ أن يفردَ بالأخذِ بعضَ ما تعلَّقَ بِه حقُّه دونَ بعضٍ كالدَّارِ الواحدةِ.

وقَد ذكرَ أبو الحسَنِ عَن مُحَمَّدٍ ﷺ: ما يدلُّ علىٰ أنَّه لا فرقَ بينَ الدَّارينِ المُتلاصقتَينِ والمتفرِّقتَينِ، وذكر بِشْرُ بنُ الوَلِيدِ عَن أبي يوسُف ﷺ: أنَّهما إذا كانتا في مصرٍ واحدٍ أو مِصرينِ؛ فهوَ سواءٌ.

وجهُ قولِ زُفَرَ ﷺ: أنَّ أخْذَ إحْدىٰ الدَّارينِ لا يُؤدِّي إلىٰ إضرارٍ بِالمُشْتَرِي بالشَّركةِ، فصارَ كما لوْ كانَ شفيعًا لإحْداهُما.

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: وإذا كانَ الشَّفيعُ شفيعًا لإحْداهُما دونَ الأُخرىٰ؛ ووقعَ البيعُ عليهِما صفقةً واحدةً، فإنَّ الحسنَ بنَ [أبي][٢] مالكٍ رَوَىٰ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن ليسَ لَه إلَّا أنْ يَأخُذَ الَّتي تجاورُه بالحصَّةِ، وكذلِك رَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عَن أبي يوسُف ﷺ، وكذلِك رَوَىٰ هِشامٌ عَن مُحَمَّدٍ ﷺ في رَجُلٍ اشْترىٰ داريْنِ مُتلاصقَيْنِ ولَه جارٌ يلي إحْداهُما، قالَ: فإنَّه يأخذُ الَّتي تَليهِ بالشُّفعةِ،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩١/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

ولا شُفعةَ لَه في الأُخرى[1].

قالَ القُدُوريُّ ﵀ في «شرحه»: وذلِك لأنَّ حقَّ الشُّفعةِ تعلَّق بإحدىٰ الدّارين دونَ الأُخرىٰ، والصَّفقةُ إذا جمعتْ بينَ ما يتعلَّقُ بِه الشُّفعةُ وبينَ ما لا يتعلَّقُ به الشُّفعةُ؛ أخذَ الشَّفيعُ ما تعلَّقتْ بِه شُفعتُه بالحصَّةِ، كما لوِ اشترىٰ دارًا وسيفًا صفقةً واحدةً.

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ ﵀ فيهِ: وقال هشامٌ: قلتُ لمُحَمَّدٍ ﵀: ما تقولُ في عشرةِ أقرحةٍ متلاصقةٍ لرَجُلٍ يَلي واحدٌ منها أرضَ إنسانٍ، فبيعَت العشرةُ الأَقرِحةُ؟ فقالَ: للشَّفيعِ أنْ يَأخُذَ القَراحَ الذي يَليهِ، وليسَ لَه في بقيَّتِها شُفعةٌ.

قلْتُ لَه: لِمَ؟ قالَ: لأنَّ كلَّ قَراحٍ علىٰ حدةٍ. قلْتُ: ليسَ بينَهما طريقٌ ولا نهرٌ، إنَّما هيَ مُرورٌ أو مُسَنَّاةٌ[2]، قالَ: لا شُفعةَ له إلَّا فيما يَليهِ[3]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

فقالَ القُدُوريُّ ﵀: وذلكَ لأنَّ الأَقرحةَ المتميِّزةَ بالمُرورِ كالدُّورِ المُتجاورةِ، فَلا يثبتُ لِلشَّفيعِ الشُّفعةُ إلَّا فيما يجاورهُ خاصَّةً.

ثمَّ قالَ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: قالَ هِشامٌ: قلْتُ لمُحَمَّدٍ ﵀ في قريةٍ خالصةٍ [٣/١٣٤ظ] لرَجُلٍ باعَها، والقريةُ عندَنا على ما فيها من الدُّورِ والأرضينَ والكُرومِ.

قالَ مُحَمَّدٌ ﵀: ولكنَّ القريةَ عندَنا علىٰ بيوتِ القَريةِ خاصَّةً.

قلْتُ لمُحَمَّدٍ: باعَ رَجُلٌ هذِه القريةَ بدُورِها وكُرومها وأرضيها، وناحيةٌ منها

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩١/ داماد].

(٢) المُسَنَّاةُ: السَّدُّ الذي يَرِدُ ماءُ النهر مِن جانبه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

. . . .

تلي إنسانًا.

قالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: للشَّفيعِ أنْ يَأخُذَ القَراحَ الَّذي يَليهِ.

قلْتُ [٧/١٣٣و/م]: فلكلِّ شفيعٍ أنْ يَأخُذَ القَراحَ الَّذي يَليهِ، فأوشكَ أنْ يَأخُذوا حواشيَ القريةِ، وذلِك أرْدئ أرَضيها، ويبقى وسطُ القريةِ لِلمُشْتَرِي، فلَم ينكرْ ذلِك مُحَمَّدٌ ورأيتُه بِه يقولُ[١]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

قالَ القُدُورِيُّ في «شرحه»: وقدِ اشتملَ هذا الكلامُ عَلىٰ ثلاثةِ فصولٍ:

أحدُها: إنَّ القريةَ اسمٌ للبيوتِ والأقْرحةِ، والمرجعُ في هذا إلىٰ العادةِ دونَ غَيرِها.

والثّاني: وجوبُ الشُّفعةِ لِلمجاورينَ في الأقرحةِ الَّتي تليهِم خاصَّةً، وهذا صحيحٌ لما بيَّنَّا أنَّ الأقرحةَ المتميِّزةَ كالدُّورِ المختلفةِ، فالمُجاورُ لبعضِها لا يكونُ مجاورًا لبقيَّتِها.

والفصلُ الثّالثُ: أنَّ الشُّفعاءَ يأخذونَ حواشيَ القريةِ، وهيَ أردؤُها، ويبقىٰ للمُشْتَرِي وسطُها، وهو أجودُها، وهذا غيرُ مُمتنعٍ؛ لأنَّ الشَّفيعَ يأخذُ باختيارِهِ، فكانَ لَه أن يلتزمَ الضَّررَ ولا يلتزمَ.

ثمَّ قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله: وروَىٰ الحَسَنُ بنُ زيادٍ عَن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ اشْترىٰ قريةً بأرضِها، وأرضُها أقرحةٌ متفرِّقةٌ، ولأحدِ الأقرحةِ جارٌ؟ قالَ: يأخذُ القريةَ كلَّها بالشُّفعةِ، وليسَ لَه أنْ يَأخُذَ ذلِك القَراحَ ويدعَ ما سِواهُ.

وذكرَ ابنُ أبي مالكٍ عَن أبي يوسُفَ رحمه الله: أنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه كانَ يقولُ: ليسَ له أنْ يَأخُذَ إلَّا القَراحَ الذي هوَ مُلاصقهُ؛ لأنَّ هذِه الأقرحةَ مختلفةٌ، قالَ: والَّذي

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٢/ داماد].

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ نِصْفَ دارٍ غيْرَ مَقْسُومٍ، فَقَاسَمَهُ البَائِعُ؛ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ؛ ....

غاية البيان

يجيءُ عَلىٰ قياسِه: أنَّ هذه الأقرحةَ إذا كانَتْ مِن ضيعةٍ واحدةٍ أو قريةٍ واحدةٍ؛ فهي كقراحٍ واحدٍ ودارٍ واحدةٍ.

وهذا يدلُّ علىٰ أنَّ أبا حَنيفَةَ ﷺ كانَ يقولُ مثلَ قولِ مُحَمَّدٍ ﷺ ثمَّ رجعَ فقالَ: يأخذُ الشَّفيعُ الجميعَ؛ لأنَّه يستضرُّ بتفريقِه كالدَّارِ الواحدةِ[١]. كذا ذَكَرَ القُدُورِيُّ ﷺ في «شرحه».

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ نِصْفَ دَارٍ غيْرَ مَقْسُومٍ، فَقَاسَمَهُ البَائِعُ؛ أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ يَدَعُ)، أيْ: قالَ في «الجامع الصَّغير»[٢]. يعْني: ليسَ لِلشَّفيعِ أَن ينقضَ القِسمةَ؛ لأنَّ القِسمةَ جَرَتْ بين المالكين، فَلا يكونُ في النقضِ فائدةٌ؛ لأنَّه لو نقضَ القِسمةَ ثمَّ طلبَ القِسمةَ مِن ساعتِه كانَ لَه ذلِك، فإذا لَم يكُن في النَّقضِ فائدةٌ؛ ليسَ لَه أن ينقضَ. كذا قالَ الفقيهُ أَبو اللَّيثِ ﷺ. ولأنَّ القسمةَ في غيرِ المَكيلِ والموْزونِ مُبادلةٌ من وجهٍ، واستيفاءٌ وأخذٌ لِعَيْنِ حقِّه من وجهٍ، والشَّفيعُ يملكُ نقضَ المبادلةِ ولا يملكُ نقضَ القبضِ، ألَا تَرىٰ أنَّه لا يملكُ [نقضَ][٣] القبضِ لِيُعيدَ العُهدةَ علىٰ البائِعِ لفقهٍ، وهوَ أنَّ القبضَ بجهةِ العقدِ لَه حُكْمُ العقدِ، والشَّفيعُ لا يملكُ نقضَ البيعِ، فكذلِك لا يملكُ نقضَ القبضِ بجهةِ البيعِ.

فمِن حيثُ إنَّ القسمةَ إفرازٌ وقبضٌ، لا يملكُ الشَّفيعُ نقضَها، ومِن حيثُ إنَّها [١٣٣/٧ظ/م] مبادلةٌ [١٣٥/٣و] يملكُ [نقضَها][٤]، فلا يملكُ النَّقضَ بالشَّكِّ والاحتمالِ.

---

(١) ينظر: السابق.

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص٣٦١].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْمِيلِ الِانْتِفَاعِ ....

غاية البيان

ولأنَّ الإفرازَ تكميلٌ للقبضِ؛ لأنَّ القبضَ إنَّما يتكاملُ بِالإفرازِ في الحقيقةِ، والشَّفيعُ لا ينقضُ القبضَ ليُعيدَ العهدةَ إلى البائِعِ، فكذلِكَ ما جُعلَ تكميلًا لَه.

وإنَّما لم ينقضِ القبضَ؛ لأنَّه من العقدِ، والشَّفيعُ لا يملكُ النَّقضَ في الذي يتعلَّقُ بِه حقُّه إلَّا ضرورةَ استيفاءِ حقِّه، ولا ضرورةَ في نقضِ القبضِ، وهذا بخلافِ ما إذا قاسمَه شريكُ البائِعِ، حيثُ كانَ لِلشَّفيعِ أَن ينقضَ تِلكَ القِسمةَ؛ لأنَّ القسمةَ ما جرَتْ بينَ المُتعاقدين، فلا يُمْكِنُ جعلُها قبضًا بجهةِ العقدِ وتكميلًا للقبضِ، فاعتبرتْ مبادلةً، وللشَّفيعِ أَن ينقضَ المُبادلةَ.

وقالَ الفقيهُ أَبو اللَّيثِ ﷺ في مقاسمةِ المُشْتَرِي معَ البائِعِ: ذكرَ الحسنُ بنُ زيادٍ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ القسمةَ إِذا كانتْ بقضاءِ القاضي؛ ليسَ لَه أن ينقضَ، وإذا كانتْ بغيرِ قضاءِ القاضي فلَه أنْ ينقضَ.

ثمَّ قالَ: وذكرَ في «كتابِ الشُّفعةِ»: أنَّ القضاءَ وغيرَ القضاءِ سواءٌ للمعْنى الَّذي ذكرْناهُ.

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: ولوِ اشترى نصفَ دارٍ [مشاعًا][(١)]، ثمَّ قاسمَ معَ البائِعِ، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ وطلبَ الشُّفعةَ وأثبتَها؛ فإنَّ القاضيَ يقْضي لَه بنصفِ المُشترى مقْسومًا، وليسَ لَه أن يبطلَ قسمتَه، سواءٌ كانَت قسمتُه بقضاءِ قاضٍ أو بغيرِ قضاءِ قاضٍ، ونصيب المُشْتَرِي وقعَ مِن جانبِ الشَّفيعِ[(٢)] أوْ من جانبٍ آخر.

وقالَ صاحبُ «الهداية»: **(وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا)**.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «المُشْتَرِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

وَلِهَذَا يَتِمُّ الْقَبْضُ بِالْقِسْمَةِ فِي الْهِبَةِ، وَالشَّفِيعُ لَا يَنْقُضُ الْقَبْضَ وَإِنْ كَانَ لَهُ نَفْعٌ فِيهِ بِعَوْدِ الْعُهْدَةِ عَلَى الْبَائِعِ، فَكَذَا لَا يَنْقُضُ مَا هُوَ مِنْ تَمَامِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي لِلَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقْضُهُ، لِأَنَّ الْعَقْدَ مَا وَقَعَ عَلَى الَّذِي قَاسَمَ فَلَمْ يَكُنِ الْقِسْمَةُ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ الْعَقْدِ بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ الْمِلْكِ فَيَنْقُضُهُ الشَّفِيعُ كَمَا يَنْقُضُ بَيْعَهُ وَهِبَتَهُ، ثُمَّ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ النِّصْفَ الَّذِي صَارَ لِلْمُشْتَرِي فِي أَيِّ جَانِبٍ كَانَ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ حَقِّهِ بِالْقِسْمَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ إِذَا وَقَعَ فِي جَانِبِ الدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى جَارًا فِيمَا يَقَعُ فِي الْجَانِبِ الْآخَرِ.

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ هُوَ الْبَائِعُ؛ فَلِمَوْلَاهُ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ تَمَلُّكٌ بِالثَّمَنِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ

غاية البيان

قوله: (وَلِهَذَا يَتِمُّ الْقَبْضُ بِالْقِسْمَةِ فِي الْهِبَةِ)، إيضاحٌ لكونِ القِسمةِ مِن تمامِ القبضِ. **يعني**: أنَّ هبةَ المَشاعِ فيما ينقسمُ فاسدةٌ، ومعَ هذا لو قسمَ وسلَّمَ جازَ.

قوله: (إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ)، أيْ: في «**الجامع الصَّغير**»؛ لأنَّه أطلقَ في الجوابِ، وقالَ: «أَخَذَ الشَّفِيعُ النِّصْفَ الذي صَارَ لِلْمُشْتَرِي»[1]. ولَمْ يفصلْ بين ما إذا وقعَ مِن جانبِ الشَّفيعِ أو مِن جانبٍ آخرَ.

قوله: (قال: وَمَنْ باعَ دارًا وَلَهُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وَكَذا إِذَا كانَ العبدُ هُوَ البائعُ؛ فلمَوْلاهُ الشُّفْعَةُ)، أيْ: قالَ في «**الجامع الصَّغير**».

(١) ينظر: «الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير» [ص٣٦١].

الشِّرَاءِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِلْغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دِينٌ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِمَوْلَاهُ، وَلَا شُفْعَةَ [١٦٧/ظ] لِمَنْ يَبِيعُ لَهُ.

غاية البيان

ولفظُ مُحَمَّدٍ رحمه الله في أصْل «الجامع الصَّغير»: «عَن يَعْقُوبَ، عَن أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجلِ يبيعُ الدَّارَ ولَه عبْدٌ عليْه دينٌ هوَ شَفيعُها. قالَ: لَه الشُّفعةُ، وكذلِك إِن باعَ العبدُ دارًا والمولىٰ شفيعُها؛ كانَ لَه الشُّفعةُ»(١). إلىٰ هنا لفظُه رحمه الله، وذلِك لأنَّ المولىٰ لا يملكُ أكْسابَ عبدِه المدْيونِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعندَهما: يملكُ الرَّقبةَ ولا يملكُ التَّصرُّف، فكانَ بمنزلةِ الأجنبيِّ، ولوْ كانَ أحدُهما أجنبيًّا كانَ للآخرِ حقُّ الشُّفعةِ [١٣٤/٧و/م]، فكذلِكَ ههُنا، ولأنَّ الأخذَ بالشُّفعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ، وشراءُ كلِّ واحدٍ من صاحبِه جائزٌ(٢).

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ رحمه الله في «**شرْح الكافي**»: وإذا باعَ الرَّجلُ دارًا ولَه عبْدٌ تاجرٌ وهوَ شفيعُها، فإنْ كانَ عليْه دينٌ؛ فلَه الشُّفعةُ؛ لأنَّه لا يأخذُها لموْلاهُ بَل لنفسِه، فكانَ مُفيدًا، ألَا ترىٰ أنَّه [١٣٥/٣ظ] لوِ اشْترىٰ شيئًا مِن موْلاهُ؛ كانَ جائزًا إذا كانَ عليْه دينٌ، فكذا الأخذُ بالشُّفعةِ، وإِن لمْ يكُن عليْه دينٌ لا يصحُّ؛ لأنَّه يأخذُها لموْلاهُ وهوَ بائعٌ.

وكذا إذا باعَ العبدُ والموْلىٰ شفيعُها؛ فهُوَ علىٰ هذا التَّقسيم، إن كانَ عليْه دينٌ فلَه الشُّفعةُ؛ لأنَّ بيعَ العبدِ لَم يقعْ لموْلاهُ، وإِن لم يكُن عليْه دينٌ فَلا شُفعةَ لَه؛ لأنَّ البيعَ وقعَ لموْلاه كأنَّه وكيلُه.

ثمَّ قالَ شيخُ الإسْلامِ رحمه الله: وإذا باعَ الموْلىٰ دارًا ومكاتبُه شَفيعُها؛ فلَه الشُّفعةُ؛ لأنَّه أقربُ إلىٰ الأجانبِ مِن العبدِ المأْذونِ، فإنَّ ما يأخذُه يأخذُه لنفسِه، فكانَ أخذُه

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٤٢٣/٩]، «البناية شرح الهداية» [٣٩٢/١١].

قَالَ: وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يوسُف ﷺ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ ﷺ: هُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ إِذَا بَلَغَ قَالُوا: وَعَلَى

غاية البيان

الدَّارَ بالشُّفعةِ مفيدًا.

قولُه: (قَالَ: وَتَسْلِيمُ الأَبِ وَالوَصِيِّ الشُّفْعَةَ عَلَى الصَّغِيرِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يوسُف ﷺ). أيْ: قالَ في «الجامع الصَّغير».

وصورتُها فيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَن يَعْقُوبَ، عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في دارٍ بيعَت وصبيٌّ شفيعُها، فسلَّم الوصيُّ الشُّفعةَ أو سلَّمها الأبُ. قالَ: هوَ جائزٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ، وقالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لا يجوزُ على الصَّبيِّ وهوَ على شُفْعَتِه إِذا بلغَ، وهوَ قولُ زُفَرَ ﷺ»[١]. إلى هنا لفظُ مُحَمَّدٍ في أصْل «الجامع الصَّغير».

وقالَ الشَّيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: وإِذا بيعَتِ الدَّارُ وشفيعُها صبيٌّ، وهُو في حَجرِ أبيهِ، أو وصِيِّ أبيهِ، أوْ وصِيِّ جدِّه أبي أبيهِ، أوْ مَن ولَّاه عليْه إمامٌ، أو حاكمٌ، فلكلِّ واحدٍ منهُم في حالِ ولايتِه أَن يُطالبَ بشُفعةِ الصَّغيرِ، أوْ يأخذَ الدَّارَ بالشُّفعةِ ويسلِّمُ ثمنَها من مالِ الصَّغيرِ، فإِن سكتَ أحدٌ مِن هؤُلاءِ في حالِ ما لَه المُطالبةُ عَن طلبِ الشُّفعةِ لِلصَّغيرِ؛ بطلتْ شفعةُ الصَّغيرِ.

وكذلِك إن سلَّمَ الشُّفعةَ بالقولِ فهُو تسليمٌ جائزٌ، ولا شُفعةَ لِلصَّغيرِ إذا بلغَ في الوجهَينِ جميعًا، وليسَ لأحدٍ معَ الأبِ ولايةٌ على الصَّغيرِ، ثمَّ وصيُّ الأبِ مِن بعدِ الأبِ، ثمَّ الجدُّ أبو الأبِ، ثمَّ وصيُّ الجدِّ، فإن لَم يكُن واحدٌ مِن هؤُلاءِ؛ فمَن ولَّاه الإمامُ أوِ الحاكِمُ، وتسليمُ الشُّفعةِ مِن هؤُلاءِ جائزٌ في حالِ ولايتِهم في قولِ أَبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَي وزُفَرُ ومُحَمَّدٌ ﷺ: إنَّ ذلِك لا يجوزُ، والصَّغيرُ علَى شُفْعَتِه

(١) ينظر: المصدر السابق [ص٣٦٢].

هَذَا الْخِلَافِ إِذَا بَلَغَهُمَا شِرَاءُ دَارٍ بِجِوَارِ دَارِ الصَّبِيِّ فَلَمْ يَطْلُبَا الشُّفْعَةَ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ تَسْلِيمُ الْوَكِيلِ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ هُوَ الصَّحِيحُ لِمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ ....

غاية البيان

إذا بلغ[1]. إلىٰ هُنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصره».

وإنَّما وجبتِ الشُّفعةُ لِلصَّغيرِ؛ لأنَّه حقٌّ يثبتُ لإزالةِ الضَّررِ، وفي هذا المعْنىٰ الصَّغيرُ والكبيرُ سواءٌ، وإنَّما ملكَ الأخذَ وليُّه الَّذي يجوزُ لَه [١٣٤/٧ظ/م] التَّصرُّفُ في مالِه؛ لأنَّ الأخذَ بِالشُّفعةِ تملُّكٌ بعِوضٍ، فصارَ كالشِّراءِ، فمَن ملكَ الشِّراءَ لِلصَّغيرِ ملكَ أخذَ الشُّفعةِ لَه.

ثمَّ وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رحمهما الله: أنَّ تسليمَ الشُّفعةِ إبطالٌ لحقٍّ مستحقٍّ لِلصَّغيرِ، فَلا يجوزُ مِن غيرِ عِوضٍ، كإعْتاقِ عبدِه، وإبراءِ غَريمِه، والعفوِ عَن قَوَدِه، وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ [في][2] المقيسِ عليهِ إسقاطَ الحقِّ مِن غيرِ عِوضٍ يحصلُ لِلصَّغيرِ، وفي المقيسِ حصلَ العِوضُ، وهو تَبْقيةُ الثَّمنِ عَلىٰ مِلْكِه فافْترَقا.

ولأبي حَنيفَةَ وأبي يوسُف رحمهما الله: أنَّ الوَلِيَّ إذا أخذَها بالشُّفعةِ، ثمَّ باعَها بمثلِ الثَّمنِ جازَ، فإذا سلَّمَها؛ فقد بَقِيَ الثَّمنُ علىٰ مِلْكِ الصَّغيرِ، وأسقطَ عنه ضمانَ الدَّرَكِ، فكانَ أوْلىٰ بِالجوازِ [١٣٦/٣و]، ولأنَّ التَّسليمَ امتناعٌ عنِ التَّملُّكِ لا إبطالُ المِلْكِ، ولِهذا لا تورثُ الشُّفعةُ؛ لأنَّه ليسَ بملكٍ، ولِلوليِّ ولايةُ الامتناعِ عنِ التَّملُّكِ.

أَلا تَرىٰ أنَّه لوْ قالَ: بعتُ هذا مِن فُلانٍ الصَّغيرِ بِكذا؛ كانَ لِلأبِ والوصيِّ ألَّا يقبلَ؛ لأنَّهما يتصرَّفانِ بحُكمِ النَّظرِ، وربَّما يكونُ النَّظرُ في إبقاءِ الثَّمنِ عَلىٰ مِلْكِ الصَّغيرِ، وإذا ثبَتَ هذا فكلُّ مَن يملكُ الأخذَ بِالشُّفعةِ إذا سكتَ؛ كانَ تَسليمًا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٣/ داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

. . . .

كالشَّفيعِ البالغِ؛ لأنَّه دليلُ الإعْراضِ، ولا يلزمُنا إذا سلَّمَ الوكيلُ بطلبِ الشُّفعةِ؛ لأنَّ ذلكَ جائزٌ علىٰ الأصحِّ، وإليْه ذهبَ القُدُورِيُّ في «شرحه»[1].

وقالَ شيخُ الإسْلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ ﵀ في كتابِ الشُّفعةِ مِن «شرح الكافي»: وإذا وكَّلَ وكيلًا بطلبِ الشُّفعةِ، فسلَّمَ الوَكيلُ الشُّفعةَ عندَ القاضي؛ فتسليمُه جائزٌ، وإن سلَّمَ عندَ غيرِه؛ لَم يكُن تَسليمًا، وإنْ أقرَّ عندَ القاضي أنَّ الذي وكَّلَه بِه سلَّمَ الشُّفعةَ؛ جازَ إقْرارُه عليْهِ، وإن أقرَّ عندَ غيرِ القاضي لمْ يَجُزِ استِحْسانًا، وهذا قولُ أبي حَنيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄.

وقالَ أَبو يوسُف ﵀: لا يجوزُ إقرارُه، ولا تسليمُه، ثمَّ رجَعَ وقالَ: يجوزُ إقرارُه بتسليمِ الشُّفعةِ عندَ القاضي، وعندَ غَيرِه علىٰ الَّذي وكَّلَه.

ثمَّ قالَ شيخُ الإسْلامِ: وذكرَ في «كتاب الوكالة» قالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لا يجوزُ تَسليمُ الوكيلِ الشُّفعةَ عندَ القاضي، ويجوزُ إقْرارُه عَلىٰ موكِّلِه بالتَّسليمِ، سوَّىٰ في هذِه الرِّوايةِ بينَ التَّسليمِ وبينَ الإقْرارِ بتسْليمِ الموكِّلِ، وجعلَ الكلَّ علىٰ الخلافِ، وفي كتابِ الوكالة فرَّقَ بينَ الإقْرارِ بِالتَّسليمِ وبينَ التَّسليمِ بنفْسِه، والأصحُّ ما ذكرَ في كتاب الوكالة؛ لأنَّ الوكيلَ بالشُّفعةِ وكيلٌ بِالخصومةِ، والوكيلُ بِالخصومةِ ملَكَ بالإقْرارِ عَلىٰ موكِّلِه في مجلسِ القاضي، ولا يملكُ في غيرِ مجلِسِ القاضي عندَ أبي حَنيفَةَ ومُحَمَّدٍ ﵄.

وفي قولِ أَبي يوسُف الأوَّلِ ـ وهوَ قولُ زُفَرَ ﵄ ـ: لا يملكُ لا عندَ القاضي، ولا عندَ غَيرِه، وفي قولِه الآخرِ: يملكُ عندَ القاضي وعندَ غَيرِ القاضي.

أَمَّا التَّسليمُ: فبِمعزلٍ [٧/١٣٥د/م] منَ الإقْرارِ؛ لأنَّه إنَّما صحَّ الإقرارُ عند

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٩٣/ داماد].

....

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ ومُحَمَّدٍ رحمهما الله في مجلسِ القاضي؛ لأنَّه جوابُ الخصمِ، والتَّسليمُ لَيسَ مِن الجوابِ في شيءٍ، بلْ هُو تصرُّفٌ مبتدأٌ، وإنَّما لا يصحُّ ذلكَ عندَ مُحَمَّدٍ رحمه الله.

فأمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف رحمهما الله: يصحُّ بناءً على أصلٍ آخرَ، وهوَ أنَّ مَن ملَكَ أخذَ الدَّارِ بالشُّفعةِ يمْلكُ التَّسليمَ.

وعندَ مُحَمَّدٍ رحمه الله: لا يملكُ بمنزلةِ الأبِ والوصيِّ أنَّهُما يملكانِ تسْليمَ[1] شُفْعَةِ الصَّبيِّ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف رحمهما الله.

وعندَ مُحَمَّدٍ رحمه الله **وزُفَرَ**: لا يجوزُ، وقَد نصَّ على الخلافِ فيهِ، وهذا في معْناهُما.

وجهُ قولِ مُحَمَّدٍ وزُفَرَ رحمهما الله: أنَّ الأبَ والوصيَّ فُوِّضَ إليهِما طلبُ الحقِّ، والوكيلُ هكذا فُوِّضَ إليْه طلبُ الحقِّ، ومَن فُوِّضَ إليْه طلبُ الحقِّ لا يكونُ بسبيلٍ مِن إبطالِه؛ لأنَّه ضدُّ ما طُلِبَ منه.

وهُما يقولانِ بأنَّ أخذَ الدَّارِ بالشُّفعةِ تملُّكُ الدَّار ببدلٍ، وكانَ هذا في معْنى الشِّراءِ، ومَن ملكَ شِراءَ شيءٍ ملكَ تركَه، وكلاهُما في الأبِ والوصيِّ ظاهرٌ؛ لأنَّهُما يملكانِ ما هوَ نافعٌ في حقِّ الصَّبيِّ، والنَّفعُ قَد يَكونُ في الشِّراءِ، وقَد يكونُ في تركِه، ألَا تَرىٰ أنَّهُما يملكانِ التَّحصيلَ والتَّركَ [٣/١٣٦ظ] في سائرِ التِّجاراتِ، فكذا هُنا.

ثمَّ قالَ شيخُ الإسْلامِ: وهذا إذا كانتِ الدَّارُ مُشتراةً بمِثْلِ قيمتِها، أمَّا إذا كانَتْ مُشتراةً بأكثرَ مِن قيمتِها؛ يصحُّ تسليمُ الأبِ والوصيِّ بِلا خلافٍ؛ لأنَّه إنَّما لا يصحُّ

(١) وقع بالأصل: «بتسليم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

إِنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكَانِ إِبْطَالَهُ كَدِيَتِهِ وَقَوَدِهِ، وَلِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ إِبْطَالُهُ إِضْرَارًا بِهِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ فِي مَعْنَى التِّجَارَةِ فَيَمْلِكَانِ تَرْكَهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ أَوْجَبَ بَيْعًا لِلصَّبِيِّ صَحَّ رَدُّهُ مِنَ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي تَرْكِهِ لِيَبْقَىٰ الثَّمَنُ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ فَيَمْلِكَانِهِ وَسُكُوتُهُمَا كَإِبْطَالِهِمَا لِكَوْنِهِ دَلِيلَ الْإِعْرَاضِ.

وَهَذَا إِذَا بِيعَتْ بِمِثْلِ قِيمَتِهَا، فَإِنْ بِيعَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، قِيلَ: جَازَ التَّسْلِيمُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ نَظَرًا وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ فَلَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمَ كَالْأَجْنَبِيِّ.

وَإِنْ بِيعَتْ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا مُحَابَاةً كَثِيرَةً، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا أَيْضًا وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

أخذُه في هذِه الصورةِ لواحدٍ منهُما، ولوْ لمْ يُسلِّما ولكنَّهما تركا الخصومةَ حتَّىٰ بلغَ الصبيُّ، هل يكونُ للصَّبيِّ حقُّ الطَّلبِ؟

اختلَف مشايخُنا ﷺ، قالَ بعضُهم: الجوابُ في هذا والجوابُ في التَّسليمِ سواءٌ، فيكونُ على الاختِلافِ، وبعضُهم قالوا: لا يبطلُ حقُّه. والأصحُّ أنَّه علىٰ الاختِلافِ. كذا في «شرح الكافي».

قولُه: (إِنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ)، أيْ: إنَّ الشُّفعةَ، وتَذْكِيرُ الضَّميرِ علىٰ تأويلِ طلَبِ الشُّفعةِ، أوْ علىٰ النَّظرِ إلىٰ الخبَرِ.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا بِيعَتْ)، أيْ: هذا الخِلافُ.

قولُه: (فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ مِنْهُمَا)، أيْ: منَ الأبِ

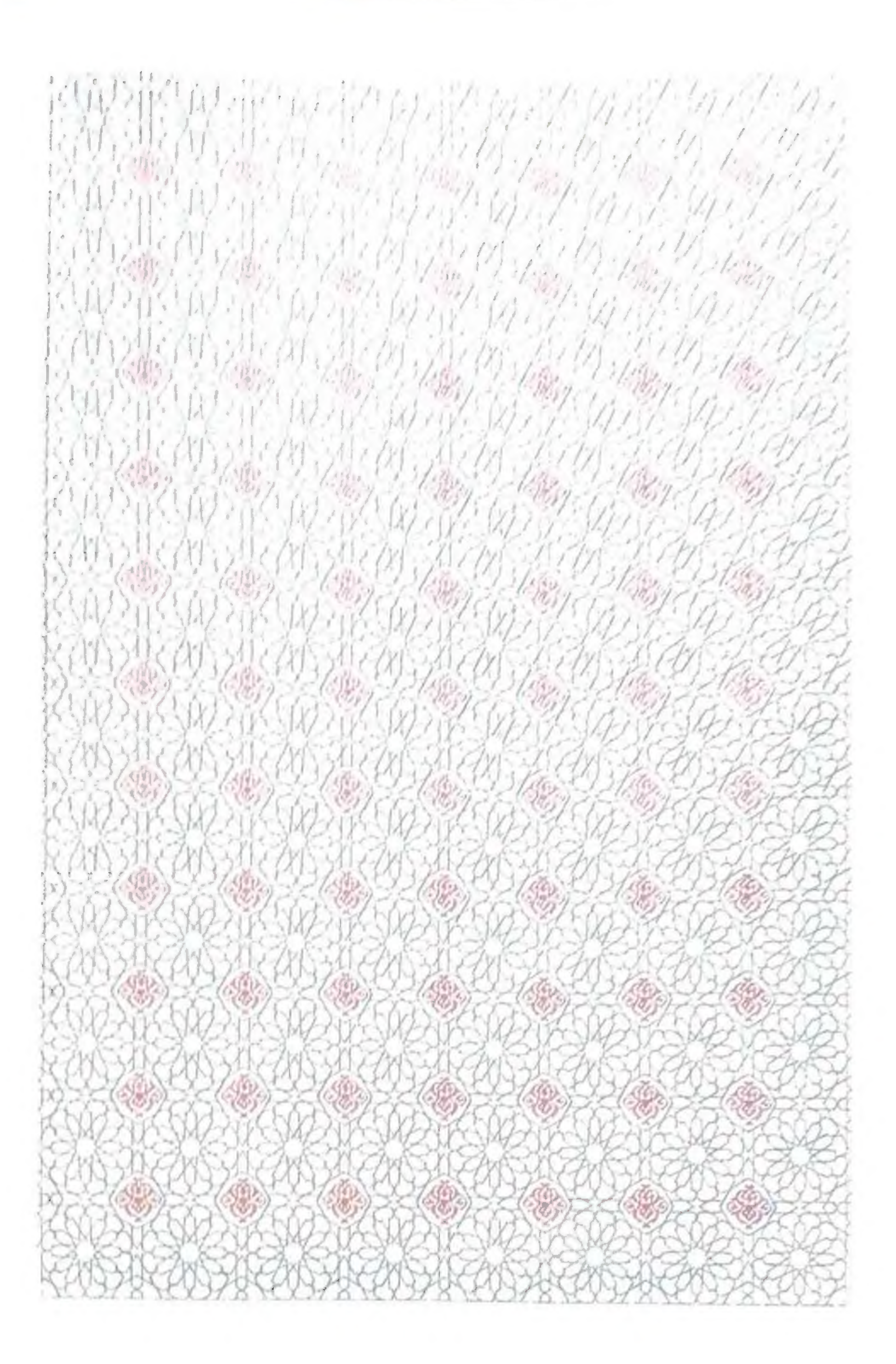
. . . .

والوصيِّ؛ لأنَّ ولايتَهُما نظريَّةٌ، والنَّظرُ في أخذِها لا في تسليمِها إذا بيعَت بأقلَّ مِن قيمتِها محاباة كثيرة، ولا روايةَ في هذه الصُّورةِ عَن أبي يوسُف ﷺ، بخِلافِ ما إذا بيعَت بمِثلِ قيمتِها، حيثُ يصحُّ التَّسليمُ عندَه أيضًا كما عندَ أبي حَنيفَةَ ﷺ[1].

والله أعلَم.

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» (٩/٤٢٤)، «البناية شرح الهداية» [١١/٣٩٦].



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة